

Beregning av en anskaffelses anslåtte verdi

*Hvilke kontrakter utgjør én anskaffelse overfor
terskelverdiene?*

Kandidatnummer: 70

Antall ord: 13 038



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

[01.06.2017]

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	4
1.1 Problemstilling og aktualitet	4
1.2 Metode.....	6
1.3 Reglenes formål og hensyn bak	7
1.4 Oppgavens oppbygning og avgrensning	9
2 Hvilke kontrakter må ses samlet overfor terskelverdiene?	11
2.1 Rettslig utgangspunkt.....	11
2.2 Når er kontrakter delkontrakter?	12
2.2.1 FOA § 5-4 åttende ledd	12
2.2.2 Bygge- og anleggsarbeider.....	15
2.2.3 Tjenester	19
2.2.4 Varer.....	22
2.3 Når foreligger det grunner for å se delkontrakter som separate anskaffelser?	26
2.3.1 FOA § 5-4 fjerde ledd	26
3 Avslutning	38
Litteraturliste	40
3.1 Lover	40
3.2 Forskrifter.....	40
3.3 Traktater og direktiver.....	40
3.4 Forarbeider	41
3.5 Praksis	41
3.5.1 Praksis fra Høyesterett	41
3.5.2 Praksis fra Klagenemnd for offentlige anskaffelser (KOFA)	41
3.5.3 Praksis fra EU-domstolen.....	42
3.6 Litteratur.....	42
3.7 Artikler	43
3.8 Departementsuttalelser	43
3.9 Veiledere	43

1 Innledning

1.1 Problemstilling og aktualitet

I Norge reguleres offentlige anskaffelser av lov av 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (heretter LOA) og tilhørende forskrifter. Den mest sentrale av disse er forskrift av 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser (heretter FOA). Disse kommer bare til anvendelse for anskaffelser over en viss verdi.¹ I den sammenheng er spørsmålet hvordan man beregner denne verdien. En underproblemstilling til dette er hva som er én anskaffelse overfor terskelverdiene. Når består den av flere kontrakter, og når utgjør hver kontrakt en separat anskaffelse? Det er dette som er oppgavens problemstilling.

Anskaffelsens verdi har også betydning for hvilken del av regelverket som kommer til anvendelse. Forskriften består av ulike deler med ulikt opphav, og disse gir anvisning på forskjellige prosedyrer som skal følges i anskaffelsesprosessen. Del 3 gjennomfører Direktiv 2014/24/EU² (heretter Direktivet), og inneholder de mest omfattende prosedyrene. Anskaffelsene som overskrider de høyeste terskelverdiene reguleres av denne.³ De som faller under følger nasjonale regler i forskriftens del 1 og del 2, i tillegg til loven.⁴ Disse stiller lempeligere krav til anskaffelsesprosedyren.

Anskaffelsens anslåtte verdi får dermed betydning for hvor detaljerte prosedyrer oppdragsgiver må følge i anskaffelsesprosessen. Jo høyere verdi anskaffelsen anslås å ha, jo mer griper reglene inn i oppdragsgivers frihet. Det gir insentiv til å manipulere anskaffelsens verdi slik at den mildeste delen kommer til anvendelse. Forskriften inneholder derfor en bestemmelse om hvordan verdien skal beregnes. Det er FOA § 5-4.

En måte å manipulere verdien på er å dele opp anskaffelsen slik at hver del får en verdi under terskelverdiene. Det følger derfor av § 5-4 fjerde ledd at oppdragsgiver ikke skal dele opp en kontrakt med det formål å unnta den fra forskriften. Som et utslag av dette regulerer flere av leddene i § 5-4 når flere kontrakter skal ses samlet overfor terskelverdiene. Denne

¹ Anskaffelsens verdi må være lik eller overstige 100 000,-, jf. LOA § 2 første ledd, jf. FOA § 1-1

² Direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om opphævelse av direktiv 2004/18/EF

³ Jf. FOA § 5-1 tredje ledd, jf. Direktivet art. 4

⁴ Jf. FOA § 5-1 andre ledd, jf. FOA § 5-1, jf. LOA § 2

avhandlingen tar for seg det åttende leddet, hvor det fremgår at delkontrakter om bygge- og anleggsarbeider, tjenester og varer skal ses samlet overfor terskelverdiene.

Hverken fjerde eller åttende ledd er en av nyvinningene ved den nye forskriften. Det var også regulert i den nå opphevede forskrift av 07. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser § 2-3 fjerde, syvende og åttende ledd. Det var imidlertid uklart hvordan denne skulle forstås.⁵ Nåværende § 5-4 har til dels en annen ordlyd enn beregningsregelen i den tidligere bestemmelsen, men levner fremdeles tvil. Endringen reiser også spørsmålet om bestemmelsen viderefører, presiserer eller endrer gjeldende rett. Det gjør det aktuelt å se nærmere på § 5-4.

Endringene ellers i anskaffelsesreglene kan også tenkes å gi ringvirkninger til beregningsregelen. Det er dermed ikke gitt at det man eventuelt hadde av retningsgivende kilder tilknyttet den forrige forskriften gir uttrykk for gjeldende rett i dag. Revisjonen er blant annet ment å gjøre regelverket lempeligere og mer tilpasset små og mellomstore bedrifter (SMBer).⁶ Det kan gi en annen tolkning av beregningsreglene enn før, selv om det ikke er gjort større endringer i selve beregningsregelen.

Problemstillingen er også praktisk. Spørsmålet om hva som er én anskaffelse overfor terskelverdiene kommer uunngåelig opp ved enhver anskaffelse. Uklarheten gir rom for omgåelse av reglene, og det undergraver deres gjennomslagskraft.⁷ Det kan igjen komme på kant med Norges plikt til å sikre effektiv beskyttelse i nasjonal rett av de rettigheter EØS-retten gir foretak (effektivitetsprinsippet⁸). Dette gjelder særlig nå som terskelverdien for del 2 er hevet til 1,1 millioner, og dermed ligger nærmere EØS-terskelverdien. Det snevrer inn slingringsmonnet mellom Direktivet og den nasjonale gjennomføringen.

Uklarheten er også kostbar for oppdragsgiver. Oppdragsgiver må bruke ressurser på å forstå regelverket, og i verste fall på å bøte for begåtte feil. Det er for eksempel kun etter del 3 at oppdragsgiver plikter å kunngjøre anskaffelsen i TED-databasen^{9,10}. Manglende kunngjøring vil kunne gi grunnlag for erstatningskrav. Revisjonen av regelverket har også skapt større

⁵ Michael Steinicke og Lise Groesmeyer, *EU's Udbudsdirektiver*, 2. udgave, København 2008, s. 568
Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement, Volume 1*, third edition, London 2014, s. 463

⁶ Prop.51 L (2015-2016), s. 24

Direktivets forale punkt 2, punkt 78 og punkt 124

⁷ Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement, Volume 1*, third edition, London 2014, s. 463

⁸ EU-domstolens avgjørelse i C-279/09 avsnitt 29

Jf. også Fredrik Sejersted mfl., *EØS-rett*, 3. utgave, Oslo 2011, s. 81

⁹ Den europeiske offisielle databasen for kunngjøring, jf. FOA § 4-5 bokstav b

¹⁰ FOA § 21-1 første ledd, jf. § 8-17 første ledd

avstand mellom reglene i del 2 og del 3. Oppdragsgiver løper dermed en større risiko nå enn før for å begå ansvarsbetingende feil dersom han uriktig anslår at kontrakten reguleres av del 2.

Dette gjør det aktuelt å se nærmere på innholdet av beregningsregelen i § 5-4. På denne bakgrunn skal avhandlingen redegjøre for hvilke kontrakter som må ses som én anskaffelse overfor terskelverdiene.

1.2 Metode

Rettskildesituasjonen for oppgavens problemstilling er noe særpreget. Anskaffelsesreglene har både et nasjonalt, internasjonalt og et EØS-rettslig opphav.¹¹ Paragraf § 5-4 gjennomfører i det vesentligste Direktivet art. 5, men gjelder for alle delene av regelverket. Prinsipielt gjør derfor ulike rettskilder seg gjeldende med varierende tyngde ved tolkningen av samme bestemmelse, alt etter om det er de nasjonale eller de EØS-rettslige terskelverdiene som vurderes overskredet. Direktivet og andre EØS-rettslige kilder veier tyngst der anskaffelsens verdi nærmer seg EØS-tersklene.¹² Selv om hensynet til et ensartet regelverk gir de samme kildene relevans ved overskridelse av de nasjonale terskelverdiene, kan det tenkes å gi ulike tolkninger av § 5-4. Dette behandles nærmere i de enkelte drøftelsene.

Regelverkets alder gjør videre at rettskildebildet er knapt. Utover loven og forskriften selv, finnes det få rettskilder som springer ut av dagens regelverk. Forarbeidene befatter seg lite med problemstillingen, og Direktivet gir begrenset veiledning utover det som allerede følger av ordlyden i § 5-4. Det har heller ikke rukket å komme relevant praksis på området etter at den nye forskriften trådte i kraft. Oppgaven vil derfor i stor grad måtte se til rettskilder tilknyttet den nå opphevede lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser med tilhørende forskrift.¹³

Disse hadde imidlertid heller ikke et rikt rettskildebilde. Rettskilder av lavere vekt vil derfor gi en større plass i oppgaven. Håndhevelsen av regelverket i Norge gjør blant annet at praksis fra Klagenemnd for offentlige anskaffelser (KOFA) står sentralt. Der dette gir uttrykk for

¹¹ NOU 2014:4, s. 59

¹² Se til sammenligning NOU 2014:4, s. 70-71

¹³ Forskrift av 07. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser

festnet forvaltningspraksis, vil det være en rettskilde.¹⁴ I andre tilfeller tjener det som eksempel.

I fravær av andre vektige kilder vil formålsbetraktninger og EØS- og anskaffelsesrettslige prinsipper være førende for tolkningen. Dette gjelder særlig prinsippet om konkurranse, likebehandling, forutberegnelighet, etterprøvnbarhet og forholdsmessighet, jf. LOA § 4 og Direktivets art. 18 første ledd. Reglens formål behandles nærmere i avsnittet under.

1.3 Reglens formål og hensyn bak

Anskaffelsesloven og -forskriften skal harmonere flere regelsett.¹⁵ Disse har ikke nødvendigvis sammenfallende formål.¹⁶ I henhold til LOA § 1 skal loven ”fremme effektiv bruk av samfunnets ressurser. Den skal også bidra til at det offentlige opptrer med integritet, slik at allmennheten har tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte”.

Ordlyden er endret fra den forrige bestemmelsen, men en realitetsendring er ikke tilsiktet.¹⁷ I henhold til forarbeidene skal en vid forståelse av ”effektiv ressursbruk” legges til grunn, slik at det omfatter effektiv ressursbruk både i den konkrete anskaffelse og på et samfunnsøkonomisk nivå.¹⁸ Fordi det offentlige handler for fellesskapets penger, er det en fare for at de ikke forvalter disse like effektivt som om de hadde handlet for sine egne.¹⁹ Reglene søker å kompensere for det.²⁰

Det er ikke uvanlig at land har effektiv ressursbruk som hovedformål med sine anskaffelsesregler.²¹ Direktivet har imidlertid et annet. Det skal først og fremst realisere det indre marked slik det følger av TEU art. 3 tredje avsnitt.²² For å forhindre at medlemslandene

¹⁴ Jf. bl.a. Rt-2009-1626 avsnitt 41

¹⁵ NOU 2014:4, s. 59

¹⁶ NOU 2014:4, s. 65

¹⁷ NOU 2014:4, s. 68, jf. også Prop.51 L (2015-2016), s. 80

¹⁸ NOU 2014:4, s. 67, jf. også Prop.51 L (2015-2016), s. 38 og NOU 1997:21, s. 22

¹⁹ Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement, Volume I*, third edition, London 2014, s. 167

²⁰ NOU 2014:4, s. 65

²¹ Den danske Lov nr. 1564 af 15/12/2015 (Udbudsloven) § 1, jf. LOA § 1

²² Jf. Direktivets forale punkt 1

Jf. EU-domstolen i C-237/99 avsnitt 41, jf. også C-454/06 avsnitt 31 og C-507/03 avsnitt 28

Jf. NOU 2014:4, s. 65

Jf. Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement, Volume I*, third edition, London 2014, s. 164

Jf. Albert Sanchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, second edition, Oregon 2015,

favoriserer eget næringsliv når de gjør sine anskaffelser, inneholder Direktivet prosedyrer som begrenser muligheten for å ta slike proteksjonistiske hensyn ved tildelingen av kontrakter. I henhold til fortalen punkt 2 har effektiv ressursbruk vært et formål med *revisjonen* av reglene, og det har vært diskutert om det også er et formål med selve Direktivet.²³ Dette behandles ikke nærmere her. Hovedformålet vil i alle tilfelle være realiseringen av det indre markedet.²⁴

Formålet med Direktivet og LOA sammenfaller dermed ikke fullt ut.²⁵ Det gjør også at terskelverdiene i utgangspunktet har en noe ulik funksjon i de to regelsettene. Når de nasjonale reglene skal sikre effektiv ressursbruk, blir terskelverdienes formål blir å forhindre at anskaffelsesreglene kommer til anvendelse der prosedyrekostnadene ikke vil veies opp av fordelene ved å holde konkurransen.²⁶ Terskelverdiene i Direktivet skal derimot identifisere de kontraktene som leverandører i Unionen kan ha interesse av å by på.²⁷ Kontraktene med en verdi under terskelverdiene presumeres å være uinteressante for unionens leverandører.²⁸

Selve beregningsregelen i art. 5 og § 5-4 har imidlertid samme formål. De skal begge forhindre at oppdragsgiver omgår regelverket ved å manipulere anskaffelsen verdi. Regelen skal stenge for at oppdragsgiver tar utenforliggende hensyn i beregningen. De overordnede formålene kan imidlertid påvirke hva som i denne sammenheng er et utenforliggende hensyn. Direktivets formål taler for eksempel for at oppdeling av hensyn til vern av lokale bedrifter er et utenforliggende hensyn, fordi Direktivet nettopp søker å avskaffe proteksjonisme. Den nasjonale reguleringens formål om effektiv ressursbruk trekker ikke nødvendigvis i samme retning. Det kan tvert imot være samfunnsøkonomisk fornuftig å verne disse.

Direktivets og forskriftens overordnede formål kan derfor tenkes å trekke i hver sin retning ved tolkningen av § 5-4. I henhold til forarbeidene vil effektiviteten måtte tillegges særlig vekt ved anskaffelser under EØS-tersklene, mens realiseringen av det indre marked i henhold til presumsjonsprinsippet vil ha forrang ved anskaffelser over.²⁹ Det må avveies mot hensynet til et ensartet regelverk, men det kan likevel tenkes å gi ulike løsninger i det konkrete tilfelle.

s.112

Jf. Michael Steinicke og Lise Groesmeyer, *EU's Udbudsdirektiver*, 2. udgave, København 2008, s. 84

²³ Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement, Volume 1*, third edition, London 2014, s. 167

Jf. Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende udbudsret* 1. udgave, København 2016, s. 34

²⁴ Carina Risvig Hamer, *Grundlæggende Udbudsret*, 1. udgave, København 2016, s. 34

²⁵ NOU 2014:4, s. 65

²⁶ Sml. blant annet vurderingen rundt heving av nasjonal terskelverdi i NOU 2014:4, s. 124

²⁷ EU-domstolen i C-220/05 avsnitt 52

²⁸ Peter Stig Jakobsen mfl., *EU Udbudsretten*, 3. udgave, København 2016, s. 242

²⁹ NOU 2014:4, s. 71

Hvilken betydning dette eventuelt har for hvilke kontrakter som skal ses som én anskaffelse overfor terskelverdiene, behandles nærmere i oppgavens hoveddel.

1.4 Oppgavens oppbygning og avgrensning

Oppgavens problemstilling er relevant for alle anskaffelser. Av hensyn til ordgrensen begrenses avhandlingen likevel til å redegjøre for rettstilstanden for den klassiske sektor³⁰, slik den er regulert i LOA og FOA. Betrachtingene kan tenkes å være overførbare til andre sektorer, men det behandles ikke nærmere.

Oppgavens hoveddel struktureres i tre deler. I 2.1 behandles det rettslige utgangspunktet, nemlig FOA § 5-4. Flere av leddene i bestemmelsen angår hvilke kontrakter som skal ses samlet overfor terskelverdiene. Oppgaven avgrenses til å behandle åttende ledd, som synes å være det mest generelle av disse. Leddet fastsetter at verdien av delkontrakter om bygge- og anleggsarbeider, tjenester og varer skal ses samlet overfor terskelverdiene. Fordi det er et utslag av prinsippet i fjerde ledd om at oppdragsgiver ikke skal dele opp en kontrakt med det formål å omgå forskriften, vil også dette leddet behandles.

I praksis vil reglene som følger av de to leddene inngå i en samlet vurdering av hva som er én anskaffelse overfor terskelverdiene.³¹ Se nærmere om dette under 2.1. Av pedagogiske og oppgavetekniske hensyn behandles dette likevel som to separate underproblemstillinger. I 2.2 drøftes det først hvilke kontrakter som er delkontrakter under samme anskaffelse i henhold til åttende ledd. Fordi drøftelsen er ulik for tjenester, varer og bygge- og anleggsarbeider, holdes disse atskilt i egne avsnitt.

I 2.3 behandles deretter spørsmålet om det kan foreligge grunner for å likevel se delkontraktene som separate anskaffelser. Dette drøftes ut ifra prinsippet i fjerde ledd, som i denne sammenheng forstås som et krav om en objektivt saklig grunn for å se delkontraktene som separate anskaffelser.³² Fordi det ikke uttømmende kan oppgis hvilke forhold som kan være en saklig grunn, avgrenses drøftelsen til å behandle tre grunner som oppdragsgivere

³⁰ Alle anskaffelser utenom anskaffelser knyttet til utøvelsen av forsyningsaktiviteter, anskaffelser på forsvars- og sikkerhetsområdet som definert i forskrift om forsvarsanskaffelser § 1-3 første ledd og konsesjonskontrakter, sml. FOA § 2-1 første og andre ledd

³¹ Jf. blant annet EU-domstolen i C-16/98 avsnitt 31

³² Se nærmere om dette i 2.1

gjærne anfører i praksis. Det er budsjettmessige grunner, hensynet til små og mellomstore bedrifter (SMBer³³) og det faktum at delkontraktene ikke kan leveres av samme leverandør. Under dette punktet vil drøftelsen være tilnærmet lik for de tre kontraktstypene, og gjøres derfor samlet for disse.

Avslutningsvis samles drøftelsen i punkt 3.

Disposisjonen viser at en rekke underproblemstillinger til spørsmålet om hva som er én anskaffelse overfor terskelverdiene ikke vil behandles. Ordgrensen stenger for det. Herunder vil kontrakter som inngås regelmessig eller fornyes innenfor et bestemt tidsrom holdes utenfor.³⁴ Det samme gjelder klassifiseringsspørsmålet og spørsmålet om hva som i denne sammenheng er én oppdragsgiver.

³³ Se definisjon i 2.3

³⁴ § 5-4 niende ledd

2 Hvilke kontrakter må ses samlet overfor terskelverdiene?

2.1 Rettslig utgangspunkt

Fremgangsmåten for beregningen av anskaffelsens anslåtte verdi er forskriftsregulert i FOA § 5-4. Ved vurderingen av hvilke kontrakter som skal ses samlet overfor terskelverdiene vil det være naturlig å ta utgangspunkt i den overordnede gjenstanden for beregning, slik den fremgår av bestemmelsen. Bestemmelsen benytter imidlertid flere begreper om den overordnede gjenstand for beregning. Paragraf 5-4 sin overskrift er til eksempel beregning av ”anskaffelsens” anslåtte verdi, mens leddene omtaler det som ”kontrakten”. For den videre drøftelsen formuleres det som et spørsmål om hva som er én *anskaffelse* overfor terskelverdiene.

Normalt vil en anskaffelse bestå av én kontrakt. I henhold til § 5-4 første ledd vil det da være verdien på denne som avgjør hvorvidt terskelverdiene er overskredet. I andre tilfeller vil verdien av flere slike kontrakter måtte ses samlet overfor terskelverdiene. I den tidligere forskriften fremgikk det uttrykkelig av første ledd at anskaffelsen kunne bestå av flere kontrakter. Nå følger det indirekte av at ulike ledd i § 5-4 regulerer når det er tilfelle.³⁵

Ett av disse leddene er åttende ledd, hvor det fremgår at ”(d)ersom oppdragsgiveren planlegger å anskaffe tjenester, bygge- og anleggsarbeider eller ensartede varer ved separate delkontrakter, skal den samlede verdien av alle delkontraktene legges til grunn”. Leddet er et utslag av bestemmelsens fjerde ledd om at oppdragsgiver ikke skal ”(...)dele opp en kontrakt med det formål å unnta kontrakten fra forskriften”. Prinsippet omtales gjerne som prinsippet om lojal verdiberegning.³⁶

Prinsippet forstås som et krav om en objektivt saklig grunn for å se kontraktene som separate anskaffelser.³⁷ Dette kan imidlertid ikke forstås dithen at man alltid krever en begrunnelse for å *ikke* se kontrakter som én anskaffelse. Det ville vært en upraktisk regel. Det må derfor være

³⁵ Peter Stig Jakobsen mfl., *EU Udbudsretten*, 3. udgave, København 2016, s. 249

³⁶ Marianne H. Dragsten, *Offentlige anskaffelser*, Oslo 2013, s. 258

³⁷ Se nærmere om dette i 2.3

slik at man krever en objektivt saklig grunn for å se kontrakter som separate anskaffelser der man i utgangspunktet skulle sett dem som én.

Det gjør det naturlig å begynne drøftelsen med å avgjøre hvilke kontrakter som er delkontrakter etter åttende ledd. Er de det, skal verdien av dem som utgangspunkt ses samlet overfor terskelverdiene. Noe annet krever i henhold til fjerde ledd en objektivt saklig grunn.

Som nevnt må leddene i utgangspunktet ses i lys av hverandre.³⁸ I praksis vil de inngå i en samlet vurdering av hvilke kontrakter som må ses samlet overfor terskelverdiene. Er kontraktene delkontrakter etter åttende ledd, foreligger det ikke en saklig grunn for å se dem som separate anskaffelser. Foreligger det en saklig grunn for å se dem som separate anskaffelser, er de ikke delkontrakter etter åttende ledd.

Av pedagogiske og oppgavetekniske grunner holdes disse likevel atskilt som to separate underproblemstillinger. I 2.2 behandles spørsmålet om hvilke kontrakter som er delkontrakter etter åttende ledd. I 2.3 behandles deretter spørsmålet om når det foreligger en objektivt saklig grunn for å likevel se dem som separate anskaffelser.

2.2 Når er kontrakter delkontrakter?

2.2.1 FOA § 5-4 åttende ledd

Ved avgjørelsen av hva som er delkontrakter overfor terskelverdiene må det tas utgangspunkt i FOA § 5-4 åttende ledd. Det følger av dette at hvis oppdragsgiver "(...)planlegger å anskaffe tjenester, bygge- og anleggsarbeider eller ensartede varer ved separate delkontrakter, skal den samlede verdien av alle delkontraktene legges til grunn". Med unntak av enkelte mindre endringer i ordlyden, videreføres regelen fra forrige forskrift.³⁹

Spørsmålet er hvilke kontrakter som er delkontrakter etter dette leddet. En ytre ramme trekkes av ordet "planlegger". En naturlig språklig forståelse av det, er at behovet for de ulike kontraktene til en viss grad må kunne forutses ved inngåelsen av de andre. Ut ifra regelens

³⁸ C-16/98 avsnitt 31, jf. også T-358/08 avsnitt 45

³⁹ Forskrift av 07. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser § 2-3 sjuende og åttende ledd

formål om å forhindre omgåelse, må dette være en objektiv vurdering.⁴⁰ Det er altså de kontrakter oppdragsgiver med rimelighet kunne forventes å forutse ved inngåelsen av de andre som er delkontrakter.

Det ble blant annet avgjørende i KOFA sak 2010/312. Kontrakter om transport av mat til pleie- og omsorgsinstitusjoner var ikke delkontrakter, fordi behovet for transporten var avhengig av om oppdragsgiver selv vant konkurranser.⁴¹ Det forelå dermed ikke en tilstrekkelig grad av forutberegnelighet mellom kontraktene til at de var delkontrakter. Utfallet ble et annet i KOFA sak 2011/13. Den gjaldt tolv kontrakter over flere år om anskaffelse av legevikar til et sykehjem. KOFA mente kontraktene var delkontrakter fordi det etterhvert måtte ha fremstått som klart for oppdragsgiver at behovet ville vedvare.⁴²

Hva som i denne sammenheng kan forventes av oppdragsgiver, må vurderes konkret for den enkelte anskaffelse. Dragsten legger til grunn at oppdragsgiver som utgangspunkt kan forventes å ha et ett-års perspektiv på anskaffelsene sine.⁴³ Uforutsette hendelser eller behov kan imidlertid tilsi et kortere tidsperspektiv.⁴⁴ Andre ganger må et lengre tidsperspektiv legges til grunn, herunder i tilfeller som i klagenemndssaken nevnt over.

Videre må selve ordet ”delkontrakt” være førende for hvilke kontrakter som skal ses som én anskaffelse. Det er naturlig å tolke det slik at det kreves en viss sammenheng mellom kontraktene. Det følger også av den tidligere veilederen.⁴⁵ Spørsmålet er hvilken grad av sammenheng som kreves.

Det må også vurderes konkret og helhetlig. Ut ifra regelens formål om å forhindre omgåelse, er det naturlig å ta utgangspunkt i om det fra oppdragsgivers ståsted er fornuftig, herunder kommersielt, å se delkontraktene samlet.⁴⁶ Er det det, bærer en eventuell oppdeling preg av å være gjort for å omgå reglene. Dragsten har uttalt at det bør ses til om kontraktene utgjør ”naturlig enhet”.⁴⁷ Via den forrige veilederen har også KOFA vist til dette momentet.⁴⁸

⁴⁰ Michael Steinicke og Lise Groesmeyer, *EU's Udbudsdirektiver*, 2. udgave, København 2008, s. 564

⁴¹ KOFA sak 2010/312 avsnitt 44

⁴² KOFA sak 2011/13 avsnitt 60

⁴³ Marianne H. Dragsten, *Offentlige anskaffelser*, Oslo 2013, s. 266

⁴⁴ Sml. oppdragsgivers adgang i FOA § 28-1 første ledd bokstav d til å endre allerede inngått kontrakt ved uforutsette hendelser.

⁴⁵ Fornyings- og administrasjonsdepartementet, *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*, 2013, s. 51

⁴⁶ Marianne H. Dragsten, *Offentlige anskaffelser*, Oslo 2013, s. 259

⁴⁷ Marianne H. Dragsten, *Offentlige anskaffelser*, Oslo 2013, s. 260

⁴⁸ Se bl.a. KOFA sak 2007/79 avsnitt 27 og sak 2008/55 avsnitt 34

I C-220/05 uttalte imidlertid EU-domstolen at beregningen av anskaffelsens verdi må vurderes ut ifra leverandørens perspektiv.⁴⁹ Uttalelsen kan forstås dithen at det kreves at kontraktene ses som én anskaffelse selv der det ikke fremstår som fornuftig fra oppdragsgivers ståsted, så lenge det gjør det fra et leverandørperspektiv.

Det synes å gå lengre enn formålet om å forhindre omgåelse av reglene tilsier, og dermed også Direktivets formål om å forhindre proteksjonisme. Det harmonerer dårlig med ønsket om å tilrettelegge for effektiv ressursbruk.⁵⁰ Uttalelsen må imidlertid ses i lys av sakens tvistepunkt. Spørsmålet var om man ved beregningen av anskaffelsens verdi skulle se bort ifra betalinger som ikke kom fra oppdragsgiver, men fra en tredjeperson. Uttalelsen synes derfor å gjelde selve summen, og ikke spørsmålet om hva som er gjenstand for beregning. Det må derfor være oppdragsgiveres ståsted som er avgjørende for hvilke kontrakter som utgjør en naturlig enhet.

I vurderingen av hva som er en naturlig enhet vil en rekke momenter være relevant. Disse behandles nærmere i avsnittene for de enkelte ytelsene. Felles for dem alle er at det vil være et sterkt insentiv for at kontraktene ikke er delkontrakter, at en privat oppdragsgiver heller ikke ville funnet det naturlig å se dem som en enhet. Dette omtales derfor nærmere her.

Selv om det er retningsgivende hvordan en privat ville løst det, er ikke vurderingen være helt sammenfallende. For det første kan det tenkes at det offentlige har andre kommersielle hensyn enn det private som kan gjøre en oppdeling naturlig. Det vil f.eks. kunne være samfunnsøkonomiske betraktninger. Regelverkets system gjør også at man i vurderingen må se bort ifra de prosedyrekostnadene som regelverkets anvendelse medfører. En oppdeling kan altså ikke begrunnes i at prosedyrene er for ressurskrevende.

Videre må det offentlige normalt kunne forventes å ha et noe lengre perspektiv på anskaffelsene sine enn en privat. Formålet om effektiv ressursbruk taler for at kontrakter heller samles enn splittes, og regelverket presumerer at konkurranseutsetting er effektiviserende.⁵¹ Det trekker i retning av at det er en noe lavere terskel for å se det som fornuftig å samle innkjøp i det offentlige, enn i det private. Hva som er en naturlig enhet samsvarer dermed ikke fullt ut med hva som er en naturlig enhet i det private markedet.

⁴⁹ C-220/05 avsnitt 52-54

⁵⁰ Direktivets forale punkt 2

⁵¹ NOU 2014:4, s. 79

Vurderingen må i alle tilfelle gjøres konkret og helhetlig for den enkelte kontrakt. Både ordlyd i åttende ledd og de hensyn som gjør seg gjeldende varierer alt etter om kontrakten angår bygge- og anleggsarbeider, tjenester eller varer. Delkontraktsspørsmålet behandles derfor nærmere for disse i avsnittene under.

2.2.2 Bygge- og anleggsarbeider

Vurderingen av hvilke kontrakter som må anses som delkontrakter under samme bygge- og anleggsarbeid må ta utgangspunkt i legaldefinisjonen.⁵² Bygge og anleggsarbeid skal forstås som ”resultatet av et sett bygge- og anleggsaktiviteter som i sin helhet er tilstrekkelig til å oppfylle en *økonomisk eller teknisk funksjon*” (min kursivering), jf. FOA § 4-1 bokstav e.

Ordlyden tilsvarende Direktivets art. 2 sjuende ledd, og viderefører det såkalte funksjonskriteriet fra forrige forskrift⁵³. Kontraktene er altså delkontrakter når de resulterer i samme økonomiske eller tekniske funksjon. Det er et todelt spørsmål. Det må først avgjøres hva som er én økonomisk eller teknisk funksjon, og deretter hvilke kontrakter som anses å resultere i denne.

Hva som er en funksjon behandles først. Det er naturlig å forstå det som en enhet som selvstendig fyller et behov, f.eks. et bygg. Både KOFA og EU-domstolen har lagt vekt på om kontraktene angår samme prosjekt.⁵⁴ Bygge- og anleggsarbeid er gjerne prosjekter bestående av uensartede ytelser med et koordineringsbehov. For eksempel vil valg av isolasjon påvirke valg av oppvarmingssystem. Det gjør det kommersielt fornuftig å anskaffe disse samlet, og følgelig også naturlig å se dem som en enhet overfor terskelverdiene. Ses for eksempel kjøpet av oppvarmingssystemet som en egen anskaffelse, bærer det preg av å være gjort for å omgå reglene.

Funksjonsvilkåret kan samtidig ikke forstås så vidt at alle bygge- og anleggsarbeider med samme generelle funksjon skal ses samlet overfor terskelverdiene. Oppfører kommunen flere skolebygg, vil hvert bygg være en egen funksjon.⁵⁵ Dersom verdien av flere selvstendige

⁵² Jf. EU-domstolen i C-16/98 avsnitt 33 og 36

Jf. KOFA sak 2014/4 avsnitt 39, sak 2013/123 avsnitt 28 og sak 2012/76 avsnitt 22

Jf. også Michael Steinicke og Lise Groesmeyer, *EU's Udbudsdirektiver*, 2. udgave, København 2008, s. 574

⁵³ Forskrift av 7. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser § 2-3 sjuende ledd, jf. § 4-1 bokstav c andre punktum

⁵⁴ KOFA sak 2012/76 avsnitt 22

Jf. EU-domstolen i C-568/08 avsnitt 40

⁵⁵ Michael Steinicke og Lise Groesmeyer, *EU's Udbudsdirektiver*, 2. udgave, København 2008, s. 576

funksjoner var ment å skulle ses samlet overfor terskelverdiene, ville det vært naturlig å utforme ordlyden noe tilsvarende den for varekontrakter, hvor ”ensartede” varer skal ses som delkontrakter.⁵⁶ Når det ikke er gjort, taler det for at slike funksjoner vil være selvstendige anskaffelser.

EU-domstolens avgjørelsen i C-568/08 kan imidlertid tale for at en bredere forståelse av funksjonsvilkåret skal legges til grunn. Domstolen kom her til at fornyelse av to bruer angikk samme funksjon, og dermed var delkontrakter. Det kan forstås dithen at for eksempel oppføringen av flere skolebygg vil være én anskaffelse overfor terskelverdiene.

På den andre siden var bruene tilknyttet en kanal. Det er dermed naturlig å forstå det slik at den overordnede funksjonen var kanalen. De to bruene angikk da samme funksjon i form av fornyelse av denne. Det synes også å være Domstolens tilnærming.⁵⁷

Det avgjørende må dermed være om kontraktene angår en konkret, avgrenset og selvstendig funksjon. Det behøver imidlertid ikke være én fysisk avgrenset enhet. I T-358/08 mente EU-domstolen at fornyelse av byens kloakksystemer var én anskaffelse, selv om disse ikke hang fysisk sammen.⁵⁸ En funksjon kan følgelig bestå av flere fysiske enheter.

Det neste spørsmålet er hvilke kontrakter som skal anses å resultere i denne funksjonen. Det beror på om ytelsene naturlig hører til bygge- og anleggsarbeidet.⁵⁹ Det må vurderes konkret og helhetlig.⁶⁰ Teorien⁶¹, den forrige veilederen⁶² og KOFA⁶³ viser i denne sammenheng gjerne til momentene fra EU-domstolens avgjørelse i Sydev-saken⁶⁴. Saken gjaldt spørsmålet om kontrakter om fornyelse og utvidelse av eksisterende el- og veibelysningsnett i ulike kommuner utgjorde én anskaffelse. Domstolen la vekt på geografisk og tidsmessig likhet⁶⁵, sammenfallende konkurransedokumenter, felles oppdragsgiver og hvorvidt ytelsen kunne

⁵⁶ § 5-4 åttende ledd første punktum

⁵⁷ C-568/08 avsnitt 40-41

⁵⁸ T-358/08 avsnitt 95

⁵⁹ Peter Stig Jakobsen mfl., *EU Udbudsretten*, 3. udgave, København 2016, s. 252

⁶⁰ EU-domstolen i C-16/98 avsnitt 65

⁶¹ Marianne H. Dragsten, *Offentlige anskaffelser*, Oslo 2013, s. 265

Michael Steinicke og Lise Groesmeyer, *EU's Udbudsdirektiver*, 2. udgave, København 2008, s. 574

⁶² Fornyings- og administrasjonsdepartementet, *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*, 2013, s. 53

⁶³ KOFA sak 2013/123 avsnitt 29 og sak 2009/55 avsnitt 28

⁶⁴ C-16/98

⁶⁵ Dette må fremdeles være relevant, selv om § 5-4 åttende ledd ikke viderefører vilkåret om at kontraktene skulle vært inngått ”samtidig”. Vilket ble i praksis forstått som en vurdering av om det var naturlig å se kontraktene i sammenheng, jf. Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement, Volume 1*, third edition, London 2014, s. 472 og KOFA sak 2007/79 avsnitt 26

leveres av samme leverandør.⁶⁶ Det kan også være relevant hvorvidt ytelsene finansieres fra samme pulje midler.⁶⁷

Dette er bare momenter i en helhetsvurdering, og ingen av dem er avgjørende for om kontraktene er delkontrakter.⁶⁸ Ut ifra Direktivets formål kan det virke fremmed at det ikke er et minstekrav kontraktene kan leveres av samme leverandør. Terskelverdiene i Direktivet skal identifisere anskaffelser som presumeres interessante for en av unionens leverandører.⁶⁹ Hver for seg mangler delkontraktene under terskelen en slik ”cross-border interest”, mens de samlet sett vil presumtivt være interessante for leverandøren. Det er imidlertid betinget av at leverandøren faktisk kan levere alle.

Når EU-domstolen likevel ikke så dette som avgjørende, må det blant annet ses i lys av at det gjaldt bygge- og anleggsarbeider. Dette er ytelser som normalt leveres av en tilbyder sammensatt av flere. Elektrikere, byggarbeidere og prosjekteringsfirmaer går gjerne sammen og tilbyr tjenesten som én leverandør. Det er dermed ikke avgjørende at hver av dem ikke kan levere hele prosjektet. Det er bare et moment i vurderingen.

De særlige forhold rundt bygge- og anleggsarbeider påvirker også betydningen av likheten mellom ytelsene. Bygge- og anleggsarbeider består gjerne av svært uensartede ytelser. KOFA sak 2013/123 gjaldt for eksempel tjenester tilknyttet ombygging av en skole. Klagenemnda mente at tømrer-, elektriker- og rørleggerarbeid, arkitekttjenester og ventilasjon utvilsomt angikk samme funksjon.⁷⁰

Det er altså hverken avgjørende eller tungtveiende at ytelsene er ulike. Det er heller ikke avgjørende at de faktisk er like, med mindre ytelsene samtidig angår samme funksjon.⁷¹ Gitt at maleoppdrag av ulike skolebygg rundt om i kommunen klassifiseres som et bygge- og anleggsarbeid, vil disse ikke være delkontrakter.

Det kan tenkes at plikten til lojal verdiberegning i § 5-4 fjerde ledd likevel medfører at verdien av like bygge- og anleggsaktiviteter som inngås regelmessig må ses samlet overfor

⁶⁶ C-16/98 avsnitt 61 og avsnitt 65

⁶⁷ Peter Stig Jakobsen mfl., *EU Udbudsretten*, 3. udgave, København 2016, s. 255

⁶⁸ EU-domstolen i T-358/08 avsnitt 111

Jf. også Fornyingss- og administrasjonsdepartementet, *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*, 2013, s. 51

Michael Steinicke og Lise Groesmeyer, *EU's Udbudsdirektiver*, 2. udgave, København 2008, s. 575

KOFA sak 2009/55 avsnitt 28-29

⁶⁹ C-220/05 avsnitt 52

⁷⁰ KOFA sak 2013/123 avsnitt 29

⁷¹ Michael Steinicke og Lise Groesmeyer, *EU's Udbudsdirektiver*, 2. udgave, København 2008, s. 576

terskelverdiene.⁷² All den tid dette er uttrykkelig regulert for varer og tjenester i niende ledd, virker det imidlertid tvilsomt. Hensynet til et forutsigbart regelverk taler også for at tjenester tilknyttet bygge- og anleggsarbeider er uttømmende regulert av åttende ledd. Det avgjørende må dermed være om de angår samme funksjon.

Avhengigheten mellom ytelsene er et sentralt moment.⁷³ Kontraktene kan være avhengige av hverandre både i den forstand at ingen av kontraktene har en funksjon alene, og i den forstand at de er suksessive⁷⁴. KOFA sak 2012/76 gjaldt utsprenkning og planering av en tomt med etterfølgende tilførsel av grus. KOFA mente disse var delkontrakter blant annet fordi både planeringen og grustilførselen var betinget av at tomten var utsprenget.⁷⁵ Hverken utsprenkningen, planeringen eller grustilførselen ville ha noen nytte med mindre de øvrige arbeidene også ble gjennomført. Også i sak 2009/55 om anskaffelse av gang- og sykkelvei ble avhengigheten avgjørende for å se disse som delkontrakter.⁷⁶ Ut ifra dette vil f.eks. anskaffelsen av et svømmehallbygg og selve svømmebassenget være delkontrakter.

I vurderingen av hvilke kontrakter som skal anses å resultere i samme funksjon vil det også være en vekselvirkning mellom momentene. Der det foreligger en sterk avhengighet mellom kontraktene får f.eks. tidsmomentet mindre betydning. Der avhengigheten ikke er like stor, blir tid og andre momenter mer avgjørende for om det er fornuftig å se dem i sammenheng. For eksempel mente klagenemnda at et kjøp av gartnerarbeid tilhørende et sykehjem ikke var en del av anskaffelsen av selve sykehjemmet, fordi den var inngått med en annen leverandør og seks måneder etter at selve sykehjemsbygget var ferdigstilt.⁷⁷ Løsningen kunne tenkes å ha blitt en annen dersom det gjaldt en ytelse som byggets funksjon i større grad var avhengig av, f.eks. trapper.

For bygge- og anleggsarbeider er det altså avgjørende om kontraktene resulterer i samme økonomiske eller tekniske funksjon. En funksjon må forstås som en selvstendig, konkret og avgrenset funksjon. Hvilke kontrakter som skal anses å resultere i denne, beror på en

⁷² Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement, Volume 1, third edition*, London 2014, s. 472

⁷³ EU-domstolen i C-16/98 avsnitt 69

⁷⁴ Med suksessive kontrakter menes etterfølgende kontrakter viss gjennomføring er avhengig av at den andre allerede er gjennomført

⁷⁵ KOFA sak 2012/76 avsnitt 23

⁷⁶ Jf. også KOFA sak 2003/8 om omorganisering av kommunens tjenestetorg. Drift, rivningsarbeidet, inventar, malearbeid, prosjektering m.m. var avhengig av hverandre for å fylle denne funksjonen, og var derfor delkontrakter overfor terskelverdiene.

⁷⁷ KOFA sak 2012/119 avsnitt 48

helhetsvurdering. I den sammenheng er det særlig relevant om funksjonen er avhengig av de enkelte kontraktene.

2.2.3 Tjenester

Det bakenforliggende utgangspunktet for drøftelsen av hvilke tjenestekontrakter som er delkontrakter er det samme som for bygge- og anleggsarbeider. Kontraktene er delkontrakter der de utgjør en naturlig enhet. Når det er tilfelle, må vurderes konkret og helhetlig.⁷⁸ Til forskjell fra bygge- og anleggsarbeider har man imidlertid ingen førende legaldefinisjon av tjenester.⁷⁹ Vurderingen vil derfor bero på en rekke momenter, herunder om tjenestene angår samme funksjon, hvor avhengige de er av hverandre, likheten mellom dem, om de har felles geografisk og tidsmessig ramme, om de normalt kan tilbys av samme leverandør og om de har samme oppdragsgiver.⁸⁰ Dette behandles nærmere.

For tjenestekontrakter er det ikke avgjørende i den ene eller den andre retning at kontraktene angår samme funksjon. Det harmonerer med utgangspunktet om at kontraktene er delkontrakter der de utgjør en naturlig enhet. Sammenlignet med bygge- og anleggsarbeider angår tjenester sjeldnere en funksjon som er sammensatt av svært uensartede tjenester som samtidig er avhengig av hverandre for å oppfylle denne funksjonen. Dermed er det også mindre naturlig å se disse samlet. Det kan også forklare hvorfor Moderniseringsdepartementet har uttalt at det er særlig aktuelt å dele tjenestekontrakter,⁸¹ og at den danske klagenemnden har lagt til grunn en høyere terskel for å se tjenestekontrakter som delkontrakter.⁸²

EU-domstolen har imidlertid uttalt at det er et tungtveiende *moment* at tjenestene angår samme funksjon.⁸³ C-574/10 gjaldt arkitekttjenester knyttet til ulike stadier av en

⁷⁸ Marianne H. Dragsten, *Offentlige anskaffelser*, Oslo 2013, s. 262

⁷⁹ Kun ”tjenestekontrakt” er i FOA § 4-1 bokstav c legaldefinert som ”kontrakt om utførelsen av tjenester, unntatt kontrakter som nevnt i bokstav d”. I bokstav d defineres bygge- og anleggskontrakter.

⁸⁰ Jf. KOFA sak 2010/312 avsnitt 42

Jf. Fornyings- og administrasjonsdepartementet, *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*, 2013, s. 51

Jf. Peter Stig Jakobsen mfl., *EU Udbudsretten*, 3. udgave, København 2016, s. 255

Jf. Marianne H. Dragsten, *Offentlige anskaffelser*, Oslo 2013, s. 264

⁸¹ Moderniseringsdepartementet, *Brev til Vest-Agder Fylkeskommune*, 19.05.2004, s. 3

⁸² Peter Stig Jakobsen mfl., *EU Udbudsretten*, 3. udgave, København 2016, s. 256

⁸³ C-574/10 avsnitt 41

byggoppføring. De angikk samme funksjon, ble derfor sett som delkontrakter overfor terskelverdiene.⁸⁴

KOFA har også sett det som et sentralt moment at tjenestene dekker samme behov hos oppdragsgiver⁸⁵ eller angår samme ”prosjekt”.⁸⁶ I det store og det hele må det forstås som en henvisning til momentet om at de angår samme funksjon. Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartement har også uttalt at ulike tilbud under den kulturelle skolesekken trolig var delkontrakter fordi de oppfylte samme funksjon.⁸⁷ Ut ifra dette vil f.eks.

prosjektledelsestjenester til ulike stadier av et revisjonsprosjekt antageligvis være én anskaffelse.⁸⁸

Det er heller ikke avgjørende at kontraktene kan leveres av samme leverandør. Det er naturlig å se dette i lys av utfordringene med å kjenne markedet. Det er i stadig endring, og det gjør det vanskelig å vite med sikkerhet at det ikke finnes en leverandør som kan levere alle delkontraktene.⁸⁹ Dette gjelder særlig der utenlandske aktører er aktuelle leverandører. En oppdeling som alene er begrunnet i dette bærer dermed preg av å være gjort for å omgå reglene.

En anskaffelsespraksis hvor man lett så slike delkontrakter som separate anskaffelser, vil også kunne hemme innovasjon og kvele bedrifter i oppstartsfasen som har etablert seg for å etterkomme dette sammensatte behovet hos oppdragsgiver. Både Direktivet og den nasjonale reguleringen søker å tilrettelegge for innovasjon og mindre virksomheter.⁹⁰ Hvorvidt ytelsene kan leveres av samme leverandør er derfor bare et moment i vurderingen. Fordi det normalt har stor betydning for om det er fornuftig å samle kontraktene, vil det imidlertid være et viktig moment.

Ved siden av leverandørmomentet vil også likheten mellom ytelsene ha særlig betydning for hvorvidt det er fornuftig, herunder kommersielt, å se dem som enhet. Det vil til eksempel være lite naturlig å se renholds- og vaktmestertjenester som én anskaffelse, selv om de i og for seg angår samme funksjon i form av vedlikehold av bygget. Det foreligger i liten grad et

⁸⁴ C-574/10 avsnitt 44, jf. avsnitt 52

⁸⁵ Se sak 2012/27, sak 2011/336, sak 2011/340, 2011/220, 2011/13, sak 2011/49, sak 2010/157, sak 2009/55, sak 2008/81, sak 2008/85 og sak 2008/55

⁸⁶ KOFA sak 2012/24 avsnitt 43, sak 2011/165 avsnitt 38 og sak 2011/220 avsnitt 46

⁸⁷ Fornyings-, Administrasjons- og Kirkedepartement, *Brev til Utdanningsetaten*, 03.07.2012, s. 3

⁸⁸ Sml. KOFA sak 2011/322 avsnitt 27

⁸⁹ Michael Steinicke og Lise Groesmeier, *EU's Udbudsdirektiver*, 2. utgave, København 2008, s. 586

⁹⁰ Prop.51 L (2015-2016), s. 5, jf. Direktivets forale punkt 2, jf. punkt 47

behov for å koordinere dem, og det finnes få leverandører som kan levere begge. Det taler for at kontraktene ikke er delkontrakter.

Er tjenestene svært like, er det ofte naturlig å se dem som en enhet. Det gjelder selv der de ikke angår samme funksjon i snever forstand. KOFA har i flere saker om konsulenttjenester til barnevernets saksbehandlingslinje avgjort at disse var én anskaffelse.⁹¹ Det ble ikke avgjørende at de var inngått over et lengre tidsrom eller at barnevernet anførte at det enkelte barns behov tilsa at de var separate anskaffelser.⁹²

Det henger trolig sammen med at det fremstod som kommersielt fornuftig å samle anskaffelsen av disse tjenestene. Sakene gjaldt ordinære saksbehandlingstjenester til barnevernet. Disse var så like at de nærmest eller faktisk var en forlengelse av samme kontrakt. Noen av dem kunne nok også vært subsumert under § 5-4 niende ledd om beregning av løpende kontraktsforhold. Et slikt vedvarende behov ville det vært naturlig å dekke gjennom en rammeavtale e.l. Når det ikke gjøres, bærer det preg av å være motivert av omgåelse av reglene. Det taler for at kontraktene er én anskaffelse. I forlengelsen av det er det nærliggende å tro at f.eks. tolketjenester til domstolene vil være én anskaffelse.

Sakene viser at også tidsmomentet har særlig betydning for hvilke kontrakter det er naturlig å se som en enhet. Etter den forrige forskriften var det et krav om at kontraktene skulle vært inngått ”samtidig”.⁹³ Dette er ikke videreført i § 5-4 åttende ledd. Endringen er trolig gjort for å etterkomme det at vilkåret i praksis ble forstått som å gi anvisning på en vurdering av om tjenestene var anskaffet i et slikt tidsrom at det var naturlig å se dem samlet.⁹⁴ Det samme vil være relevant under helhetsvurderingen § 5-4 åttende ledd gir anvisning på.

Et minstekrav er som nevnt at oppdragsgiver med rimelighet kunne forventes å forutse behovet for de ulike tjenestene ved anskaffelsen av de andre, jf. ”planlegger”. Tidsmomentet kan imidlertid spille en rolle utover dette. Tjenester som skal ytes med mange måneders mellomrom vil det være mindre naturlig å se som en enhet. Fordi det er vanskelig å koordinere slike tjenester og ofte heller ikke er et behov for å gjøre det, er det mindre kommersielt fornuftig å samle disse.

⁹¹ KOFA sak 2012/27, sak 2011/336, sak 2011/339 og sak 2011/340

⁹² Jf. blant annet KOFA sak 2011/336 avsnitt 38 og 39 og KOFA sak 2011/340 avsnitt 40

⁹³ Jf. forskrift av 07. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser § 2-3 sjuende ledd

⁹⁴ Jf. Marianne H. Dragsten, *Offentlige anskaffelser*, Oslo 2013, s. 266

Jf. Michael Steinicke og Lise Groesmeier, *EU's Udbudsdirektiver*, 2. udgave, København 2008, s. 578

Jf. KOFA sak 2007/79 avsnitt 26

Andre ganger gjør ikke et langvarig tidsperspektiv det mindre fornuftig å se kontraktene som en enhet. I de nevnte KOFA-avgjørelsene rundt barnevernstjenester var noen av kontraktene inngått med 11, 21, 22 og 48 måneders mellomrom, uten at det ble avgjørende.⁹⁵ Det vedvarende behovet gjorde tvert imot naturlig å se disse som en enhet. I sak 2011/322 var kontrakter om prosjektledelse og andre konsulentttjenester fra samme leverandør til revisjon av kommuneplanens arealdel delkontrakter, selv om de var inngått over et tidsrom på 10 måneder. Avhengigheten mellom tjenestene gjorde at det til tross for tidsperspektivet var naturlig å se dem som en enhet.⁹⁶

Samme vekselvirkning vil gjelde for de andre momentene. Det avgjørende er om det etter en helhetsvurdering fremstår som naturlig å se tjenestekontraktene som en enhet. I så tilfelle er de delkontrakter etter åttende ledd.

2.2.4 Varer

Det bakenforliggende utgangspunkt for varer er også at kontraktene er delkontrakter der det er fornuftig å se dem som en enhet. Det følger videre av § 5-4 åttende ledd første punktum at verdien av kontraktene skal ses samlet overfor terskelverdiene der oppdragsgiver ”planlegger å anskaffe (...)ensartede varer ved separate delkontrakter”. I det vesentligste samsvarer bestemmelsen med Direktivet art. 5 niende ledd, og med reguleringen i den forrige forskriften⁹⁷. Varekontraktene må altså både angå ensartede varer og for øvrig være delkontrakter for å være én anskaffelse overfor terskelverdiene.

Første spørsmål er dermed hvilke varer som er ensartede. En naturlig språklig forståelse av det, er at det må være en viss likhet mellom varene. Det harmonerer med utgangspunktet om at delkontraktene skal være en fornuftig enhet. Varer er trolig den ytelsen hvor det sjeldnest er et koordineringsbehov. Det er først og fremst der de er relativt like at det er fordelaktig å se dem som en enhet. Det er mer naturlig å se skolens innkjøp av kopimaskiner og skannere samlet, enn kjøp av fotballmål og blokkfløyter. Følgelig er det også mer naturlig å se førstnevnte som én anskaffelse.

Spørsmålet er hvilken grad av likhet som må foreligge. Der varene er identiske, er de klart ensartede. ”(A)rt” tyder imidlertid på at det også kan være mindre grader av likhet. Slik ble

⁹⁵ KOFA sak 2011/336, sak 2011/339, sak 2011/340 og sak 2012/27

⁹⁶ Sak 2011/322 avsnitt 27

⁹⁷ Forskrift av 07. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser § 2-3 åttende ledd.

også tilsvarende bestemmelse i den forrige forskriften forstått i praksis⁹⁸, veileder⁹⁹ og teori¹⁰⁰. Teorien stilte i den sammenheng spørsmål ved om ”ensartede” skulle vurderes ut ifra om varene normalt kunne leveres fra samme leverandør (leverandørperspektivet), eller ut ifra om de ble brukt til samme formål (formålsperspektivet).¹⁰¹

Det følger av Direktivets fortale at ensartede skal forstås som varer til ”identiske eller lignende formål”, og at disse *normalt* vil kunne leveres av samme leverandør.¹⁰² Det er altså varenes bruksområde som er det sentrale i vurderingen. Dette er også lagt til grunn av Kommisjonen i deres veileder til det nye Direktivet.¹⁰³ I en tidligere veileder har de uttalt at belter, spenner og uniformer til politiet skal anses som én anskaffelse, selv om de ble levert av ulike leverandører.¹⁰⁴ Ulik juridisk teori har også forstått tilsvarende begrep i det forrige Direktivet slik¹⁰⁵, og det samme ble gjort av Moderniseringsdepartementet i sin uttalelse til Vest-Agder fylkeskommune i 2004.¹⁰⁶

Ensartet må derfor drøftes ut ifra om varene har samme bruksområde. I den konkrete vurderingen av hva som ligger i dette, vil det være førende om det er fornuftig, herunder kommersielt, å se varekontraktene som en enhet. Indisier for det, er blant annet at varene er relativt like, angår samme prosjekt, kan leveres av samme leverandør, har like konkurransedokumenter, normalt anskaffes samlet og at de finansieres fra samme pulje midler.¹⁰⁷ Disse momentene behandles nærmere.

Er varene like, har de også samme bruksområde. De behøver imidlertid ikke være identiske, så lenge bruken av dem er relativt lik. Fortalen nevner at ulike matvarer eller kontormøbler vil være ensartede.¹⁰⁸ Moderniseringsdepartementet uttalte også i et brev til Vest-Agder Fylkeskommune at IT-utstyr, rengjøringsprodukter og kontormaskiner typisk vil være

⁹⁸ Jf. blant annet KOFA sak 2007/79 avsnitt 30, jf. avsnitt 26

⁹⁹ Fornyings- og administrasjonsdepartementet, *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*, 2013, s. 51

¹⁰⁰ Marianne H. Dragsten, *Offentlige anskaffelser*, Oslo 2013, s. 260

¹⁰¹ Michael Steinicke og Lise Groesmeier, *EU's Udbudsdirektiver*, 2. udgave, København 2008, s. 585

¹⁰² Direktivets fortale punkt 19

¹⁰³ Europakommisjonen, *Offentlige udbud – vejledning til praktikere*, Luxembourg 2015, s. 22

¹⁰⁴ Michael Steinicke og Lise Groesmeier, *EU's Udbudsdirektiver*, 2. udgave, København 2008, s. 585

¹⁰⁵ Michael Steinicke og Lise Groesmeier, *EU's Udbudsdirektiver*, 2. udgave, København 2008, s. 587

jf. også Marianne H. Dragsten, *Offentlige anskaffelser*, Oslo 2013, s. 260

¹⁰⁶ Moderniseringsdepartementet, *Brev til Vest-Agder Fylkeskommune*, 19.05.2004, s. 3

¹⁰⁷ Fornyings- og administrasjonsdepartementet, *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*, 2013, s. 51

Jf. også KOFA sak 2007/79 avsnitt 27

Jf. Marianne H. Dragsten, *Offentlige anskaffelser*, Oslo 2013, s. 262

¹⁰⁸ Fortalen punkt 19

ensartede varer.¹⁰⁹ Dragsten mener at det sannsynligvis også gjelder uniformer, belter og sko til brannvesenet.¹¹⁰ Ut ifra dette er det nærliggende å anta at anskaffelse av rullestoler, sengehester og rullatorer til kommunens sykehjem vil være delkontrakter overfor terskelverdiene. Deres felles bruksområde er hjelpemidler til eldre.

Er det et koordineringsbehov mellom varer, taler også det for at de er ensartede. Det vil f.eks. gjelde der det skal anskaffes datamaskiner med software. Disse er avhengige av hverandre, det gjør det naturlig å se dem som en enhet overfor terskelverdiene.

Likheten må videre ses i lys av leverandørmomentet. Det er ikke avgjørende at varene kan leveres av samme leverandør. Som for tjenestekontrakter er det nærliggende å se dette i sammenheng med markedsstrukturen. Vareleverandører er relativt fleksible, og kan nærmest ad hoc tilby en ytelse. Leverandørperspektivet ville dermed vært et lite treffende avgrensningskriterium.¹¹¹

I henhold til fortalen er det imidlertid et viktig *moment*.¹¹² Kan ikke varene tilbys av samme leverandør er det færre muligheter for å oppnå fordeler av å se dem som en enhet.

Oppdragsgiver vil f.eks. ikke kunne tilbys kvantumsrabatter. Når oppdragsgiver ikke har et slikt insentiv til å samle dem, bærer en oppdeling i separate anskaffelser mindre preg av å være gjort for å omgå reglene. Det kan derfor tenkes at anskaffelsen av rullestoler og sengehester ikke er delkontrakter dersom disse normalt anskaffes fra forskjellige leverandør.

Dette gjør videre at det vil være et sterkt indisium *for* at varene er ensartet, at de kan leveres av samme leverandør.¹¹³ I KOFA sak 2007/79 ble innkjøp av brune- og hvitevarer samt småelektronikk ansett som ensartede varer, nettopp fordi de kunne anskaffes fra samme leverandørmarked.¹¹⁴

Angår varene samme prosjekt, taler også det for at de er delkontrakter. Det kan imidlertid ikke forstås så vidt at man i realiteten står overfor et funksjonskriterium tilsvarende det som gjelder for bygge- og anleggsarbeider. I henhold til det nå opphevede direktiv 2004/18/EC art. 9 nr. 5 bokstav b var det ”(n)år et prosjekt, (...)tager sigte på at anskaffe ensartede varer” at

¹⁰⁹ Moderniseringsdepartementet, *Brev til Vest-Agder Fylkeskommune*, 19.05.2004, s. 5

¹¹⁰ Marianne H. Dragsten, *Offentlige anskaffelser*, Oslo 2013, s. 261

¹¹¹ Michael Steinicke og Lise Groesmeier, *EU's Udbudsdirektiver*, 2. udgave, København 2008, s. 586

¹¹² Fortalen punkt 19

¹¹³ Michael Steinicke og Lise Groesmeier, *EU's Udbudsdirektiver*, 2. udgave, København 2008, s. 587

¹¹⁴ Merk at klagenemnda mente at de ikke dekket samme behov hos oppdragsgiver. De var delkontrakter fordi de hadde samme levetid og kunne leveres av samme leverandør, jf. avgjørelsens avsnitt 30

kontraktene var delkontrakter overfor terskelverdiene. Heller ikke dette prosjektvilkåret ble forstått som et funksjonsvilkår tilsvarende det som gjelder for bygge- og anleggsarbeider.¹¹⁵ Når vilkåret nå er fjernet fra ordlyden, taler det for at det er varens *generelle* bruksområde som er avgjørende. Varer til et arrangement vil altså ikke være delkontrakter, med mindre de samtidig er ensartet. Innkjøp av drikkevarer og plakater til et seminar vil derfor neppe være én anskaffelse. Diverse sceneutstyr til samme arrangement vil det derimot være naturlig å se som en enhet.

Det kan imidlertid spørres om anskaffelse av uensartede varer til én slik funksjon må ses samlet overfor terskelverdiene i henhold til prinsippet om lojal verdiberegning i § 5-4 fjerde ledd. All den tid funksjonskriteriet er innført for bygge- og anleggsarbeider, synes det imidlertid å være bevisst valgt vekk for varer. Hensynet til et forutsigbart regelverk taler også for at mer spesielle ledd som åttende ledd uttømmende regulerer hvilke varekontrakter som skal ses samlet overfor terskelverdiene. Uensartede varer tilknyttet en funksjon vil følgelig ikke måtte ses samlet overfor terskelverdiene.

Er det på det rene at varene er ensartet, vil de normalt være delkontrakter. Av og til vil andre momenter likevel tilsi at det ikke er naturlig å se dem som en enhet. Selv om de er ensartet, vil de i så tilfelle ikke ha den nærheten som gjør at de er ”delkontrakter” etter åttende ledd. I denne vurderingen er tidsmomentet særlig relevant. Et minstekrav er at man med rimelighet kunne forvente at oppdragsgiver så behovet for de ulike varene ved anskaffelsen av de andre, jf. ”planlegger” i § 5-4 åttende ledd første punktum.¹¹⁶ Også utover dette kan tiden tilsi at det ikke er naturlig å samle varekontraktene.

Tidligere var det et vilkår at varekontraktene var tildelt ”samtidig”.¹¹⁷ Det ble forstått som en vurdering av om kontraktene var inngått over et tidsrom som gjorde det naturlig å se dem i som en enhet.¹¹⁸ Det må fremdeles ha betydning selv om vilkåret nå er fjernet fra ordlyden. Det vil for eksempel kunne ha betydning for om innkjøpet av hjelpemidler til eldre er én anskaffelse. Dersom sengehesten skal anskaffes lenge etter forflytningshjelpemidlene, vil det være mindre naturlig å se disse i sammenheng. Disse kan da deles, uten at det får et preg av å være motivert av omgåelse. Annerledes vil det være der det gjelder varer med en klarere

¹¹⁵ Marianne H. Dragsten, *Offentlige anskaffelser*, Oslo 2013, s. 261

¹¹⁶ Se nærmere om dette i avsnitt 2.1

¹¹⁷ Jf. Forskrift av 07. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser § 2-3 åttende ledd

¹¹⁸ KOFA sak 2007/79 avsnitt 26

Jf. Marianne H. Dragsten, *Offentlige anskaffelser*, Oslo 2013, s. 266

innholdsmessig nærhet. Gjelder det f.eks. varer som er avhengig av hverandre, er det uavhengig av tidsrommet behov for å koordinere disse. Det må dermed et lengre tidsrom til før det er ufordelaktig å samle disse. Følgelig må det også et lengre tidsrom til før det ikke er naturlig å se dem som delkontrakter.

Varekontrakter er altså delkontrakter etter åttende ledd der de angår ensartede varer og det foreligger en slik nærhet mellom disse kontraktene at det er naturlig å se dem som en enhet.

2.3 Når foreligger det grunner for å se delkontrakter som separate anskaffelser?

2.3.1 FOA § 5-4 fjerde ledd

I det videre forutsettes det at det foreligger delkontrakter etter åttende ledd. Kontraktene skal altså som utgangspunkt ses som én anskaffelse. Neste problemstilling er om det kan foreligge grunner for å *likevel* se dem som separate anskaffelser overfor terskelverdiene.

Drøftelsen tar utgangspunkt i FOA § 5-4 fjerde ledd. Oppdragsgiver skal ikke ”(...) dele opp en kontrakt med det formål å unnta kontrakten fra forskriften”. Dette er prinsippet om lojal verdiberegning.¹¹⁹ Bestemmelsen gjennomfører Direktivets art. 5 tredje ledd andre punktum, hvor det fremgår at ”(e)t udbud må ikke opdeles med henblik på at udelukke det fra dette direktivs anvendelsesområde(...)”. Tilsvarende prinsipp følger av Direktivet art. 18 første ledd andre punktum, samt prinsippet om konkurranse og likebehandling i LOA § 4.

Spørsmålet er hva som ligger i dette prinsippet. En naturlig språklig forståelse av ordlyden er at prinsippet er brutt der oppdragsgiver har delt anskaffelsen kun for å forhindre at verdien overskrider terskelverdiene. Det er i så fall et krav om en omgåelseshensikt.

Det fremgår imidlertid av Direktivet art. 5 tredje ledd at oppdeling kan gjøres der den er ”(...)objektivt begrundet”. Det taler for at § 5-4 fjerde ledd skal forstås som et krav om en objektivt saklig grunn for å se kontraktene som separate anskaffelser. Slik ble også

¹¹⁹ Marianne H. Dragsten, *Offentlige anskaffelser*, Oslo 2013, s. 258

bestemmelsen i den forrige forskriften forstått.¹²⁰ Daværende ordlyd krevde en ”hensikt” om omgåelse.¹²¹ All den tid forarbeidene ikke gir noen holdepunkter for at endringen fra ”hensikt til ”formål” skal innebære en realitetsendring, er det nærliggende å tro at den er gjort for å etterkomme denne tolkningen. Delkontraktene kan følgelig ses som separate anskaffelser der det foreligger en objektivt saklig grunn for det.

Spørsmålet er hva som utgjør en objektivt saklig grunn. Det må vurderes konkret for det enkelte tilfelle.¹²² Det må imidlertid være en viss terskel for å se grunnen som objektivt saklig. Begrunnelsen vil skille kontrakter som i utgangspunktet skal ses samlet, og på den måten snevre inn reglens anvendelsesområde. Det følger av tradisjonell rettsvitenskap innen EU-retten at unntak som begrenser EØS-reglers anvendelsesområde skal tolkes snevert, og det må derfor også være en viss terskel for å finne begrunnelser objektivt saklig i henhold til fjerde ledd. I samme retning trekker beregningsreglens formål om å forhindre omgåelse, samt prinsippet om konkurranse i LOA § 4.

Det kan ikke uttømmende oppgis hvilke grunner som kan være objektivt saklige. De vil være svært ulike og saksavhengige. For denne avhandlingen velges det derfor ut tre begrunnelser som gjerne anføres av oppdragsgivere i praksis. Det er budsjettmessige grunner, hensynet til SMBer og det faktum at ytelsen ikke kan leveres av samme leverandør.

Budsjettmessige grunner knytter seg til beregningsregelens formål. Formålet med § 5-4 og Direktivet art. 5 er å forhindre omgåelse av regelverket. Fordi det skal vurderes objektivt, vil også begrunnelser som fremstår som motivert av omgåelse være usaklige.¹²³ Motsetningsvis vil begrunnelser som trolig ville vært anført selv om regelverket tenkes borte, normalt være en objektivt saklig grunn. Til eksempel hevder oppdragsgivere gjerne at det er kommersielt fornuftig å dele kontraktene fordi det er usikkert om det vil bevilges penger til å gjennomføre den ene, og at det også gjør det objektivt saklig å se dem som separate anskaffelser overfor terskelverdiene. Dette behandles nærmere i 2.3.1.1.

¹²⁰ EU-domstolen i C-574/10 avsnitt 19, sml. også T-384/10 avsnitt 90 og C-271/08 avsnitt 93
Jf. også Fornyings- og administrasjonsdepartementet, *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*, 2013, s. 51
Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement, Volume 1*, third edition, London 2014, s. 464
Marianne H. Dragsten, *Offentlige anskaffelser*, Oslo 2013, s. 259
Michael Steinicke og Lise Groesmeier, *EU's Udbudsdirektiver*, 2. udgave, København 2008, s. 564
Se imidlertid KOFA sak 2011/13 avsnitt 55

¹²¹ Lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser § 5 femte ledd bokstav c, jf. Forskrift av 07. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser § 2-3 fjerde ledd

¹²² EU-domstolen i C-16/98 avsnitt 65

¹²³ Jf. blant annet EU-domstolen i C-271/08 avsnitt 93

Hensynet til SMBer som en objektivt saklig grunn knytter seg mer til det overordnede formålet med reglene. LOA og FOA skal sikre effektiv ressursbruk. Leilighetsvis anfører oppdragsgivere at det vil være den mest ressursbruken at konkurransen tilrettelegges for SMBer. For å gjøre det, deles anskaffelsen opp. I forlengelsen av det anføres det gjerne at det også gjør det objektivt saklig å se dem som separate anskaffelser overfor terskelverdiene. Dette behandles i 2.3.1.2.

Det faktum at ytelsene ikke kan leveres av samme leverandør er en begrunnelse som knytter seg til Direktivets formål. Kan ikke ytelsene leveres av samme leverandør, er det ut ifra Direktivets perspektiv i utgangspunktet fåfengt å se dem samlet ved vurderingen av om terskelverdiene er overskredet. Spørsmålet er om det kan være en objektivt saklig grunn der det er på det rene at kontraktene ikke kan leveres av samme leverandør. Dette behandles i 2.3.1.3.

2.3.1.1 Budsjettmessige grunner

Oppdragsgivere anfører ofte budsjettmessige grunner for å se delkontrakter som separate anskaffelser. Det kan f.eks. være der det ved gjennomføringen av delkontrakt 1 er usikkert om kommunen vil bevilge midler til gjennomføringen av delkontrakt 2, fordi det skal vedtas et nytt budsjett i mellomtiden. I dette avsnittet drøftes det om det kan være en objektivt saklig grunn for å se kontraktene som separate anskaffelser overfor terskelverdiene.

Budsjettmessige grunner ble anført for EU-domstolen i sak C-574/10.¹²⁴ Saken gjaldt prosjekteringstjenester i forbindelse med oppføring av ett og samme bygg. Oppdragsgiver visste ikke om det ville gis bevilgninger til gjennomføringen av den ene prosjekteringskontrakten, og hadde derfor sett kontraktene som separate anskaffelser overfor terskelverdiene. Domstolen avslo begrunnelsen under henvisning til at det ville undergravet reglenes gjennomslagskraft, og at usikkerheten kunne vært løst med en opsjon.¹²⁵

Domstolen godtok altså ikke budsjettmessige grunner som en objektivt saklig grunn for å se delkontraktene som separate anskaffelser. Det er imidlertid uklart om samme løsning ville vært lagt til grunn dersom det ikke kunne vært løst med en opsjon. Det er altså usikkert om

¹²⁴ C-574/10 avsnitt 30

¹²⁵ C-574/10 avsnitt 46

dommen prinsipielt avskjærer budsjettmessige grunner, eller om løsningen gjaldt den konkrete saken.

Å avskjære det prinsipielt synes å harmonere dårlig med regelens formål. Som nevnt skal Direktivet forhindre proteksjonisme. Å dele en anskaffelse på bakgrunn av budsjettmessige usikkerhet fremstår ikke nødvendigvis som motivert av omgåelse av reglene, og følgelig heller ikke av proteksjonisme. Det er tvert imot nærliggende å tro at en privat oppdragsgiver ville gjort det samme.

Dersom dommen skal forstås dithen at budsjettmessige grunner prinsipielt er avskåret som objektivt saklig, kan det stilles spørsmål ved om dette bygger på Domstolens praksis med å underkjenne ”economic justifications” som begrunnelse for å innskrenke Traktatenes¹²⁶ anvendelsesområde.¹²⁷ Selv om denne praksisen ikke direkte angår anskaffelsesdirektivet, kan det fra det mer til det mindre tenkes at den også har betydning for innskrenkning av anskaffelsesdirektivets anvendelsesområde. Dette behandles derfor nærmere.

Forbudet ble opprinnelig utformet som et forbud mot å begrunne unntak fra Traktatene i de byrdene unionssamarbeidet medfører.¹²⁸ I C-7/61 hadde konkurransen fra utenlandske leverandører medført en krisesituasjon for Italias svinekjøttprodusenter. EU-domstolen avsto at det begrunnet unntak fra forbudet mot importrestriksjoner. At svinekjøttproduksjonen bukket under for konkurransen, rettferdiggjorde ikke proteksjonisme av den.

I ettertid har dette blitt videreført av Domstolen som et generelt forbud mot ”economic justifications”. Det har omfattet mer enn de direkte konsekvensene av unionssamarbeidet.¹²⁹ Budsjettmessige grunner kan ses som en slik ”economic justification”, og det kan derfor tenkes at denne læren har påvirket EU-domstolens når de i C-574/10 avsto budsjettmessige grunner som en objektivt saklig grunn for å se delkontraktene som separate anskaffelser.

I så tilfelle må avgjørelsen ses i lys av den etterfølgende utviklingen rundt det generelle forbudet mot ”economic justifications”. Det har vært stilt spørsmål ved om det er hensiktsmessig å opprettholde forbudet, og om det bør begrenses til å gjelde de unntakene

¹²⁶ Traktaten om Den Europæiske Union (TEU) og Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TFEU)

¹²⁷ Sue Arrowsmith, *Rethinking the approach to economic justification under the EU's free movement rules*, s. 1

¹²⁸ C-7/61

¹²⁹ C-7/78, C-95/81 og C-238/82

som er begrunnet i de direkte konsekvensene av unionssamarbeidet.¹³⁰ I så tilfelle vil ikke budsjettmessige grunner falle utenfor forbudet. Dersom avgjørelsen i C-574/10 bygget på denne læren, svekker det dommens betydning for adgangen til å begrunne en oppdeling i budsjettmessige grunner.

Som nevnt taler også Direktivets og beregningsregelens formål for at budsjettmessige grunner kan begrunne at delkontraktene ses som separate anskaffelser overfor terskelverdiene. Det konkluderes derfor med at budsjettmessige grunner kan være en objektivt saklig grunn etter Direktivet.

Spørsmålet blir så om de rent nasjonale rettskildene trekker i samme retning. Det synes å være tilfelle. Paragraf 5-4 har også som sitt formål å forhindre omgåelse, og som for Direktivet er det dermed i tråd med regelens formål at budsjettmessige grunner kan være en objektivt saklig grunn.

I den retning taler også formålet om å oppnå effektiv ressursbruk i LOA § 1. Kontraktene som ses samlet overfor terskelverdiene behøver riktignok ikke å kunngjøres samlet eller samtidig. Oppdragsgiver kan dermed vente med å kunngjøre kontrakten til budsjetteringen er avklart. Det er imidlertid nærliggende å tro at oppdragsgiver vil velge å samle kunngjøringen av disse dersom regelverket uansett må følges for dem begge. Oppdragsgiver vil da måtte legge ned ressurser i en kontrakt som det er lite sannsynlig at vil gjennomføres. Det gjelder selv der det inntas en opsjon. Indirekte vil det dermed kunne medføre ineffektiv ressursbruk dersom budsjettmessige grunner ikke kan begrunne en oppdeling.

Budsjettmessige grunner må følgelig kunne være en objektivt saklig grunn for å se delkontraktene som separate anskaffelser. Det må imidlertid vurderes konkret hvorvidt det er saklig for den enkelte kontrakt. Siden man normalt kan forvente at offentlige oppdragsgivere har et noe lengre perspektiv på budsjettene sine enn de private, må det være en viss terskel for å se det som saklig.

¹³⁰ Sue Arrowsmith, *Rethinking the approach to economic justifications under the EU's free movement rules*, s. 12

2.3.1.2 Oppdeling av hensyn til SMBer

Oppdragsgivere anfører av og til at SMBer vil utestenges fra konkurransen dersom kontraktene ses samlet.¹³¹ Med SMBer forstås bedrifter med mindre enn 250 ansatte og med en omsetning som ikke overstiger 50 millioner euro årlig.¹³²

Det er på det rene at det er behov for å tilpasse anskaffelsesprosessen til disse. I Europa er 99,8% av alle bedrifter SMBer, og de står for nesten 2/3 av alle arbeidsplasser innen privat sektor.¹³³ Likevel tildeles disse bare 55,6% av offentlige anskaffelser over EØS-terskelverdi.¹³⁴ Av den grunn har man både på EU/EØS- og nasjonalt nivå ønsket å gjøre anskaffelsesreglene mer SMB-vennlige.¹³⁵ Spørsmålet er om dette hensynet til SMBer kan være en objektivt saklig grunn for å se delkontraktene som separate anskaffelser overfor terskelverdiene.

Rent umiddelbart synes det å måtte besvares negativt. Selv om delkontraktene ses samlet overfor terskelverdiene, kan de tildeles separat. Regelverket oppfordrer også oppdragsgiver til å gjøre det.¹³⁶ Omfanget av kontrakten kan følgelig tilpasses SMBer, uavhengig av om de ses samlet overfor terskelverdiene eller ikke. Slik sett er ikke beregningsregelen til hinder for SMBers deltakelse i konkurransen.

Det er imidlertid andre forhold som gjør det utfordrende for SMBer å delta i konkurransen om offentlige anskaffelser. For det første er det en risiko for at oppdragsgiver velger å samle delkontraktene til én når han likevel må følge prosedyrene i anskaffelsesregelverket for hver av dem.¹³⁷ FOA § 19-4 andre ledd første punktum krever riktignok en begrunnelse for å ikke tildele anskaffelsene i delkontrakter, men denne overprøves ikke.¹³⁸ Samles kontraktene, vil det kunne lette oppdragsgiver for arbeid i konkurransefasen og oppfølgingsoppgaver i gjennomføringsfasen. Det er nærliggende å tro at oppdragsgiver vil prioritere slike forhold som angår den konkrete anskaffelsen, fremfor de samfunnsøkonomiske fordelene ved å

¹³¹ Jf. eks. KOFA sak 2011/256 avsnitt 12, jf. også C-574/10 avsnitt 31

¹³² PwC for Europakommisjonen, *SME's access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU*, 15. februar 2014, s. 12

¹³³ PwC for Europakommisjonen, *SME's access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU*, 15. februar 2014, s. 24

¹³⁴ PwC for Europakommisjonen, *SME's access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU*, 15. februar 2014, s. 5

¹³⁵ NOU 2014:4 s. 141 og Direktivets forale punkt 2, punkt 78 og punkt 124

¹³⁶ Dersom oppdragsgiveren ikke deler opp anskaffelsen, skal han gi en kort begrunnelse for dette i anskaffelsesdokumentene eller i anskaffelsesprotokollen, jf. FOA § 19-4 andre ledd første punktum

¹³⁷ Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement, Volume I*, third edition, London 2014, s. 473

¹³⁸ Jf. FOA § 19-4 andre ledd andre punktum

tilgodese SMBer. Indirekte kan dermed beregningsregelen medføre at kontrakten får et omfang utover SMBers kapasitet.

For det andre er anskaffelsesprosedyrene kostnadskrevenne. På EU-nivå bærer leverandørene i snitt 75% av disse.¹³⁹ Selv om man har ønsket å gjøre reglene mer SMB-vennlige, er de fremdeles belastende. Enkelte endringer synes i tillegg å være i disfavør av SMBene. Adgangen til å bruke forhandlinger er for eksempel utvidet, selv om dette er den konkurranseformen hvor SMBer gjør det svakest.¹⁴⁰ For enkelte kontrakter er også oppdragsgiver gitt en plikt til å kreve lærlingeplasser.¹⁴¹ Bare det at regelverket kommer til anvendelse, kan altså medføre at SMBer avstår fra å delta i konkurransen.

Det er dermed på det rene at SMBers interesser fremdeles gjør seg gjeldende ved spørsmålet om hva som er én anskaffelse overfor terskelverdiene. Det taler for at det kan være en objektivt saklig grunn, og det styrkes av at man både nasjonalt og EU-nivå har ønsket å tilrettelegge for disse. Dette behandles derfor nærmere.

Den såkalte "further purpose"-doktrinen taler for at hensynet til SMBer kan være en objektivt saklig grunn. TEUF art. 36¹⁴² gjør unntak fra forbudet mot import- og eksport der unntaket er begrunnet i offentlig sikkerhet. I *Campus Oil*¹⁴³ indikerte domstolen at forsyning av vitale varer som petroleum kunne angå offentlig sikkerhet i bestemmelsens forstand. Det kunne begrunne importrestriksjoner for å sikre den nasjonale petroleumsleverandørens overlevelse. Fra det mer til det mindre kan det tenkes at vern av SMBer som står for slike ytelser også kan begrunne innskrenking av anskaffelsesdirektivets anvendelsesområde. I så tilfelle vil interessen av å sikre deres deltakelse i konkurransen kunne være en objektivt saklig grunn for å se delkontraktene som separate anskaffelser. Hva som ligger i Further purpose-doktrinen behandles ikke nærmere her.

For tilfellene som faller utenfor Further Purpose-tilfellene, begrenser Direktivets formål adgangen til å vektlegge SMBers hensyn ved beregningen av anskaffelsens anslåtte verdi. I C-

¹³⁹ NOU 2014:4, s. 273

¹⁴⁰ PwC for Europakommisjonen, *SME's access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU*, 15. februar 2014, s. 6

¹⁴¹ Jf. Forskrift av 17. desember 2016 nr. 1708 om plikt til å stille krav om bruk av lærlinger i offentlige kontrakter

¹⁴² Se tilsvarende i EØS-avtalen art. 13

¹⁴³ C-72/83

574/10 avsto EU-domstolen at hensynet til SMBer kunne begrunne en oppdeling.¹⁴⁴

Konsekvensen av å se hensynet til SMBer som en objektivt saklig grunn, er at delkontraktene ikke ses som én anskaffelse overfor terskelverdiene og følgelig ikke overskrider disse. Det gjør at de ikke kunngjøres i TED-databasen. Dermed er det kun de *nasjonale* SMBene som nyter godt av dette. Det er proteksjonisme.

Forbud mot proteksjonisme er *kjernen* av EØS-samarbeidet.¹⁴⁵ Utover Further Purpose-tilfellene har beskyttelse av nasjonale SMBer ikke vært akseptert som en "economic justification" som berettiger unntak fra Traktaten.¹⁴⁶ Også anskaffelsesdirektivet og beregningsregelen i art. 5 skal forhindre proteksjonisme.¹⁴⁷ Å splitte delkontraktene i separate anskaffelser av hensyn til SMBer vil stride med dette formålet, samt prinsippet om ikke-diskriminering og likebehandling.¹⁴⁸ SMBers interesser må følgelig ivaretas innenfor rammen av det indre marked.¹⁴⁹

Dette følger også mer eksplisitt av andre kilder. I TEUF art. 173 første ledd heter det at medlemslandene skal fremme et gunstig klima for utviklingen av SMBer "i overensstemmelse med et åbnet og konkurrencepræget markedssystem". Også i fortalen står det at oppdragsgiver kan tildele kontrakter til SMBer uten at reglene kommer til anvendelse, i "overensstemmelse med de relevante regler for beregning af den anslåede kontraktværdi" (min kursivering).¹⁵⁰ Det er trolig en henvisning til unntaket for mindre kontrakter i art. 5 tiende ledd. Delkontrakter under en viss verdi trenger ikke ses samlet overfor terskelverdiene, med mindre de samlet utgjør 20% av den totale anskaffelsens samlede verdi. SMBer kan da tildeles disse.¹⁵¹ Uttalelsen i fortalen taler for at dette unntaket uttømmende ivaretar SMBers interesser i beregningsspørsmålet. Det konkluderes derfor med at hensynet til SMBer ikke kan være en objektivt saklig grunn etter Direktivet.

¹⁴⁴ C-574/10 avsnitt 47

¹⁴⁵ Jf. EØS-avtalen art. 1

¹⁴⁶ EU-domstolen i C-360/89 avsnitt 13 og 14

Jf. også Sue Arrowsmith, *Rethinking the approach to economic justifications under the EU's free movement rules*, s. 4

¹⁴⁷ Jf. fortalen punkt 1

Jf. EU-domstolen i C-220/05 avsnitt 52 og 53

¹⁴⁸ Sml. Direktivets art. 18 første ledd første punktum, jf. fortalen punkt 1.

Sml. også C-243/89 avsnitt 33

¹⁴⁹ Jf. C-574/10 avsnitt 47

¹⁵⁰ Fortalen punkt 78

¹⁵¹ Michael Steinicke og Lise Groesmeier, *EU's Udbudsdirektiver*, 2. udgave, København 2008, s. 583, Sue Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement, Volume 1*, Third edition, London 2014, s. 473

Spørsmålet blir så hvordan dette harmonerer med den nasjonale reguleringen. KOFA har prinsipielt lagt til grunn at hensynet til SMBer kan tilsi at kontraktene er separate anskaffelser overfor terskelverdiene.¹⁵² LOA og FOAs formål om effektiv ressursbruk stenger heller ikke for dette. Effektiv ressursbruk omfatter også samfunnsøkonomiske gevinster¹⁵³. I det konkrete tilfelle kan det være den mest effektive ressursbruken at delkontraktene ses adskilt overfor terskelverdiene, slik at lokale leverandører kan tilgodeses, arbeidsplasser sikres m.m..

Det er dermed en viss disharmoni mellom de rent nasjonale rettskilder og de EØS-rettslige. Presumpsjonsprinsippet gjør imidlertid at Direktivets tilnærming får forrang ved anskaffelser som vurderes overskredet de EØS-rettslige terskelverdiene. For disse vil hensynet til SMBer ikke kunne være en objektivt saklig grunn.

For de andre anskaffelsene er ikke løsningen like opplagt. De EØS-rettslige kildene veier prinsipielt mindre ved tolkningen av disse, og forarbeidene uttaler at effektivitetsformålet spiller en større rolle her¹⁵⁴. Det gir en større adgang til å vektlegge hensynet til SMBer ved beregningen.

Beregningsregelens formål om å forhindre omgåelse taler imidlertid for at hensynet til SMBer heller ikke kan være en objektivt saklig grunn for anskaffelser under EØS-terskelverdiene. Oppdragsgiver kan vanskelig vite den fulle samfunnsøkonomiske gevinsten av å verne SMBene. Det gir en oppdelingen begrunnet i dette preg av å være gjort for å omgå reglene.

Hensynet til SMBer vil i tillegg nærmest alltid kunne anføres, og det vil være vanskelig å overprøve. Det kan være grunnen til at KOFA så langt ikke har gitt medhold der det har vært anført.¹⁵⁵ Prinsippet om etterprøvbarhet og konkurranse i LOA § 4 taler dermed for at SMBer ikke kan være en objektivt saklig grunn for noen av anskaffelsene. Det styrkes av reglenes formål om å sikre allmennhetens tillit til at offentlige anskaffelser skjer på en samfunnstjenlig måte.¹⁵⁶

I den retning trekker også prinsippet om likebehandling i LOA § 4. I henhold til forarbeidene er dette det viktigste prinsippet.¹⁵⁷ Oppdragsgiver skal ikke forskjellsbehandle leverandørene

¹⁵² KOFA sak 2015/136 avsnitt 18, jf. sak 2011/253 avsnitt 25-26 og sak 2011/256 avsnitt 25-26

¹⁵³ NOU 2014:4, s. 67, jf. også Prop.51 L (2015-2016), s. 38 og NOU 1997:21, s. 22

¹⁵⁴ NOU 2014:4, s. 71

¹⁵⁵ Jf. KOFA sak 2015/136 avsnitt 18, KOFA sak 2011/253 avsnitt 26 og KOFA sak 2011/256 avsnitt 26

¹⁵⁶ Jf. LOA § 1 andre punktum

¹⁵⁷ Prop.51 L (2015-2016), s. 82

på bakgrunn av nasjonalitet, og heller ikke lokal tilhørighet. Som nevnt vil kun de nasjonale SMBene tilgodeses dersom delkontraktene ses separat overfor terskelverdiene. Tilgodeses bare lokale leverandører ved en anskaffelse under EØS-terskelverdiene, vil også det være en forskjellsbehandling av andre nasjonale leverandører. Prinsippet taler derfor imot at SMBer kan være en objektivt saklig grunn.

Endelig må hensynet til et ensartet regelverk med tyngde tale for at samme tolkning av § 5-4 legges til grunn, uavhengig av hvilken terskelverdi som vurderes overskredet. All den tid hensynet til SMBer ikke kan begrunne en oppdeling av delkontraktene overfor EØS-terskelverdiene, bør det derfor heller ikke kunne være en objektivt saklig grunn overfor de nasjonale terskelverdiene.

Det konkluderes derfor med at hensynet til SMBer ikke kan være en objektivt saklig grunn for å se delkontrakter som separate anskaffelser overfor terskelverdiene.

2.3.1.3 Ytelsene kan ikke leveres av samme leverandør

Oppdragsgiver anfører gjerne at delkontrakter ikke er én anskaffelse fordi de ikke kan leveres av samme leverandør.¹⁵⁸ Under oppgavens punkt 2.2 ble det drøftet hvilken betydning dette har for spørsmålet om hvilke kontrakter som er delkontrakter etter § 5-4 åttende ledd.

Spørsmålet der var om det var avgjørende at varene etter sin art ikke kunne leveres av samme leverandør. Det ble besvart negativt, blant annet på grunn av utfordringene med å kjenne markedet.

Dette stiller seg annerledes der man har sikre holdepunkter for at samme leverandør ikke kan levere alle delkontraktene. Det kan f.eks. være der leverandøren som yter delkontrakt 1, blir inhabil til å yte delkontrakt 2. Dersom kommunen vurderer å anskaffe en ny IKT-løsning, vil konsulenten som utreder dette behovet normalt være uegnet dersom han også skal levere IKT-løsningen. Spørsmålet er om dette kan være en objektivt saklig grunn for å se disse som separate anskaffelser overfor terskelverdiene.

¹⁵⁸ Se f.eks. KOFA sak 2012/44 avsnitt 8

Direktivets formål taler for det. Terskelverdiene i Direktivet skal som nevnt identifisere anskaffelser som presumeres interessante for en av unionens leverandører.¹⁵⁹ Beregningsregel skal sikre at oppdragsgiver lojalt anslår verdien i tråd med dette.¹⁶⁰

Delkontraktene skal derfor ses som én anskaffelse der det er tenkelig at de samlet sett vil være interessant for en leverandør. Hver for seg vil ingen av dem ha en slik ”cross-border interest” fordi de har for lav verdi. Kan ikke samme leverandør levere alle delkontraktene, vil ikke verdien for leverandør blir noe høyere av at disse ses samlet. Leverandøren vil uansett bare kunne levere en av dem. Presumtivt vil det da være fåfengt å kunngjøre dem i TED-databasen, fordi ingen utenlandske leverandører vil by på dem. Følgelig bør det kunne være en objektivt saklig grunn for å se delkontraktene som separate anskaffelser.

Som nevnt under 2.2 fant EU-domstolen likevel i Sydev-saken¹⁶¹ at det ikke er en *betingelse* for å se kontraktene som en anskaffelse at de kunne leveres av samme leverandør.¹⁶²

Uttalelsen angikk imidlertid spørsmålet om hvorvidt el-nett og gatebelysning var ett bygge- og anleggsarbeid etter åttende ledd.¹⁶³ Den gjaldt følgelig det som i denne avhandlingen er behandlet i punkt 2.2, og ikke tilfellene der det er på det rene at kontraktene ikke kan utføres av samme leverandør. Avgjørelsen avskjærer dermed ikke at slike kontrakter saklig kan deles overfor terskelverdiene. Etter Direktivet kan det følgelig være en objektivt saklig grunn.

Dette må harmoniseres med den norske gjennomføringen. Paragraf 5-4 sitt formål er å forhindre illojal verdiberegning. Det kan ofte være fornuftig å dele kontrakter som ikke kan leveres av samme leverandør. I så tilfelle fremstår ikke en oppdeling som motivert av omgåelse. Beregningsregelens formål stenger derfor ikke for at delkontrakter saklig kan deles overfor terskelverdiene der de ikke kan leveres av samme leverandør.

KOFA har også lagt seg på denne linjen. I sak 2008/85 var spørsmålet om to advokattjenester til samme oppdragsgiver i omtrent samme tidsperiode, skulle ses som én anskaffelse.

Kontrakt Y skulle kvalitetssikre gjennomførelsen av Kontrakt X. Samme leverandør kunne

¹⁵⁹ C-220/05 avsnitt 52

¹⁶⁰ C-220/05 avsnitt 52

¹⁶¹ C-16/98

¹⁶² C-16/98 avsnitt 42

¹⁶³ C-16/98 avsnitt 42

følgelig ikke gjennomføre begge, og det ble avgjørende for å se dem som separate anskaffelser.¹⁶⁴

I utgangspunktet må delkontrakter derfor kunne ses som separate anskaffelser overfor terskelverdiene der de ikke kan leveres av samme leverandør. I enkelte tilfeller kan det imidlertid tenkes at det er fordelaktig å se kontraktene som en enhet, selv om de må utføres av ulike leverandører. Det kan f.eks. være der det er et koordineringsbehov mellom dem. Det er følgelig ikke automatisk saklig å dele anskaffelsene på dette grunnlaget. Se i den retning også nevnte KOFA sak om advokattjenester, hvor inhabiliteten kun ble funnet avgjørende ”i denne saken”.¹⁶⁵

Det må altså vurderes konkret om det fremstår som saklig å begrunne en oppdeling i dette. Forskriften synes dermed å gå lengre enn Direktivet i å kreve kunngjøring. All den tid oppdragsgiver står fritt til å kunngjøre i TED, er det uproblematisk at forskriften ”overoppfyller” den EØS-rettslige forpliktelsen.

Det forhold at ytelsene rent faktisk ikke kan leveres av samme leverandør kan derfor være en objektivt saklig grunn for å se delkontrakter som separate anskaffelser overfor terskelverdiene. Det må imidlertid vurderes konkret hvorvidt det er saklig.

¹⁶⁴ KOFA sak 2008/85 avsnitt 26

¹⁶⁵ KOFA sak 2008/81 og 2008/85 avsnitt 26

3 Avslutning

Avhandlingen har tatt for seg hvilke kontrakter som må ses samlet ved beregningen av en anskaffelses anslåtte verdi. Det har vært formulert som et spørsmål om hva som er én anskaffelse overfor terskelverdiene.

Det er på det rene at en anskaffelse kan bestå av flere kontrakter. Spørsmålet er hvilke kontrakter dette er. I denne vurderingen må det tas utgangspunkt i § 5-4. Avhandlingen har i første rekke tatt for seg åttende ledd. Det følger av dette at der anskaffelsen av bygge- og anleggsarbeider, tjenester og ensartede varer er delt opp delkontrakter, skal verdien av disse ses samlet overfor terskelverdiene. Dette er et utslag av prinsippet om lojal verdiberegning i fjerde ledd.

I praksis vil det bero på en helhetlig vurdering i lys av begge leddene om kontrakter må ses samlet overfor terskelverdiene. Av pedagogiske grunner er disse likevel holdt atskilt i avhandlingen. Det ble først vurdert hvilke kontrakter som er delkontrakter etter åttende ledd, og deretter om det kunne foreligge en objektivt saklig grunn etter fjerde ledd for å likevel se dem som separate anskaffelser overfor terskelverdiene.

Hvilke kontrakter som er delkontrakter etter åttende ledd må vurderes konkret. Det kan derfor ikke gis ett enkelt svar på problemstillingen. Utgangspunktet er at de er delkontrakter der de utgjør en naturlig enhet. Hva som er en naturlig enhet, vil være avhengig av hvilken ytelse kontraktene angår. Vurderingen er derfor ulik for henholdsvis bygge- og anleggsarbeider, tjenester og varer. De samme momentene gjør seg gjeldene, men de vil ha ulik vekt etter hvilken ytelsene kontraktene angår. Dette følger også av nemnds- og domstolspraksis, hvor det ofte hentes momenter fra en type ytelse uten at de gis tilsvarende betydning ved tolkningen av en annen.¹⁶⁶

Drøftelsen viser også at det er en vekselvirkning mellom momentene. Det gjelder særlig ytelsenes likhet og avhengigheten mellom kontraktene. Gjelder anskaffelsen en leveranse hvor ytelsene normalt er avhengig av hverandre, er det av mindre betydning at ytelsene er ulike. Av den grunn er det for bygge- og anleggsarbeider avgjørende at kontraktene resulterer

¹⁶⁶ Se eks. C-574/10 som bruker funksjonskriteriet ved vurdering av tjenestekontrakter KOFA sak 2012/24 avsnitt 42, sak 2011/322 avsnitt 26, sak 2011/165 avsnitt 38, sak 2011/220 avsnitt 45, sak 2011/253 avsnitt 23-24, sak 2011/256 avsnitt 23-24, sak 2010/312 avsnitt 42, sak 2010/157 avsnitt 32 og 38-39, sak 2008/81 og 2008/85 avsnitt 24-26 og sak 2008/55 avsnitt 31-33 og avsnitt 39

i den samme ”økonomiske eller tekniske funksjon”.¹⁶⁷ De forhold som særpreger bygge- og anleggsarbeider gjør det naturlig å se slike ulike ytelser som en enhet, nettopp fordi de er avhengige av hverandre. Annerledes er det for varekontrakter, hvor ytelsene sjeldnere er avhengige av hverandre. Det er først og fremst likheten mellom varene som gjør det naturlig å se dem som delkontrakter, og det er derfor et vilkår at delkontraktene skal angå ”ensartede” varer. På tilsvarende måte får andre momenter ulik vekt alt etter hvilken ytelse kontraktene angår, og hvilke andre momenter som gjør seg gjeldene.

Verdien av kontrakter som er delkontrakter etter åttende ledd skal som utgangspunkt ses samlet ved beregningen av en anskaffelses anslåtte verdi. Unntaket er der det etter fjerde ledd finnes en objektivt saklig grunn for å likevel ikke gjøre det. Det kan ikke gis en uttømmende liste over begrunnelser som vil være objektivt saklige. Det må vurderes konkret.

Avhandlingen har derfor tatt for seg tre praktiske begrunnelser av en mer overordnet karakter. Først ut var budsjettmessige grunner. Det ble konkludert med at dette kan være en objektivt saklig grunn. Det samme gjaldt det forhold at delkontraktene rent faktisk ikke kan leveres av samme leverandør. Er leverandør av delkontrakt X inhabil til å levere delkontrakt Y, kan det gjøre det saklig å se dem som separate anskaffelser overfor terskelverdiene. Hensynet til SMBer kan derimot ikke begrunne en slik oppdeling. Særlig Direktivets formål om å forhindre proteksjonisme stenger for det.

Avhandlingen viser at hvilke kontrakter som er én anskaffelse overfor terskelverdiene, er svært saksavhengig. Oppdragsgiver vil i all hovedsak måtte vurdere skjønnsmessig om kontraktene utgjør en naturlig enhet. Dette skjønnnet må i henhold til § 5-4 andre ledd være forsvarlig på det tidspunkt konkurransen kunngjøres eller anskaffelsesprosessen innledes. Uten å ha klare retningslinjer for hva som er én anskaffelse overfor terskelverdiene, vil det kunne være utfordrende å utøve dette skjønnnet forsvarlig.

¹⁶⁷ Jf. FOA § 4-1 bokstav e

Litteraturliste

3.1 Lover

- Lov av 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser
- Lov av 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser
- Lov nr. 1564 af 15/12/2015 (Udbudsloven)
- dansk lovreguleringen av offentlige anskaffelser

3.2 Forskrifter

- Forskrift av 12. august 2016 nr. 974 om offentlige anskaffelser
- Forskrift av 07. april 2006 nr. 402 om offentlige anskaffelser
- Forskrift av 17. desember 2016 nr. 1708 om plikt til å stille krav om bruk av lærlinger i offentlige kontrakter

3.3 Traktater og direktiver

- Traktaten om Den Europæiske Union (TEU)
- Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF)
- Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS-avtalen)
- Direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om opphævelse av direktiv 2004/18/EF
- Direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelser og offentlige bygge- og anlægskontrakter

3.4 Forarbeider

- NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser
- Prop.51 L (2015-2016) Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)
- NOU 1997:21 Offentlige anskaffelser
- Ot.prp.nr.71 (1997-1998) Om lov om offentlige anskaffelser

3.5 Praksis

3.5.1 Praksis fra Høyesterett

- Rt-2009-1626

3.5.2 Praksis fra Klagenemnd for offentlige anskaffelser (KOFA)

- | | |
|---------------------|-------------------------------|
| • KOFA sak 2015/136 | • KOFA sak 2011/256 |
| • KOFA sak 2014/4 | • KOFA sak 2011/253 |
| • KOFA sak 2013/123 | • KOFA sak 2011/220 |
| • KOFA sak 2012/322 | • KOFA sak 2011/165 |
| • KOFA sak 2012/119 | • KOFA sak 2011/49 |
| • KOFA sak 2012/76 | • KOFA sak 2011/13 |
| • KOFA sak 2012/44 | • KOFA sak 2010/312 |
| • KOFA sak 2012/27 | • KOFA sak 2010/157 |
| • KOFA sak 2012/24 | • KOFA sak 2009/55 |
| • KOFA sak 2011/340 | • KOFA sak 2008/81 og 2008/85 |
| • KOFA sak 2011/339 | • KOFA sak 2008/55 |
| • KOFA sak 2011/336 | • KOFA sak 2007/79 |

- KOFA sak 2011/322
- KOFA sak 2003/8

3.5.3 Praksis fra EU-domstolen

- C-574/10
- C-279/09
- C-568/08
- T-358/08
- C-271/08
- C-454/06
- C-220/05
- C-507/03
- C-237/99
- C-16/98
- C-360/89
- C-243/89
- C-72/83
- C-238/82
- C-95/81
- C-7/78
- C-7/61

3.6 Litteratur

- Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK, Volume 1*, third Edition, (London 2014)
- Dragsten, Marianne H., *Offentlige anskaffelser*, (Oslo 2013)
- Jakobsen, Peter Stig, Sune Troels Poulsen, og Simon Evers Kalsmose-Hjelmbord, *EU Udbudsretten*, 3. udgave, (København 2016)
- Risvig Hamer, Carina, *Grundlæggende udbudsret*, 1. udgave, (København 2016)
- Sanchez Graells, Albert, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Second edition, (Oregon 2015)
- Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad, Olav Kolstad, *EØS-ret*, 3. udgave (Oslo 2011)

- Steinicke, Michael og Lise Groesmeyer, *EU's Udbudsdirektiver*, 2. udgave, (København 2008)

3.7 Artikler

- Arrowsmith, Sue, *Rethinking the approach to economic justifications under the EU's free movement rules*, University of Nottingham

Link: <https://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/fulltextarticles/economic-derogations-revised.pdf> (mai 2017)

- PricewaterhouseCooper for Europakommisjonen, *SME's access to public procurement markets and aggregation of demand in the EU*, (februar 2014)

Link: <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/15459> (mai 2017)

3.8 Departementsuttalelser

- Moderniseringsdepartement, *Brev til Vest-Agder Fylkeskommune*, 19.05.2004

Link: https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/kilde/mod/red/2004/0001/ddd/pd/fv/220235-vest-agder_fylkeskommune.pdf (mai 2017)

- Fornyings- administrasjons- og kirkedepartement, *Brev til Utdanningsetaten i Oslo kommune*, 03.07.2012

Link: https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransopolitik/Anskaffelser/Fortolkningsuttalelse_skolesekken.pdf (mai 2017)

3.9 Veiledere

- Den europeiske Kommisjon, *Offentlige udbud – vejledning til praktikere*, (Luxembourg 2015)

Link: http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/informat/2014/guidance_public_proc_da.pdf (mai 2017)

- Nærings- og fiskeridepartementet, *Veiledning til anskaffelsesreglene*, versjon 31.02.2017
Link: <https://www.regjeringen.no/no/tema/naringsliv/konkurransepolitikk/offentlige-anskaffelser-/forste-kolonne/veileder/id2518931/> (mai 2017)
- Fornyings- og administrasjonsdepartementet, *Veileder til reglene om offentlige anskaffelser*, 2013
Link: https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/fad/vedlegg/konkurransepolitikk/anskaffelsesveilderer_2013.pdf (mai 2017)